



**UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño  
Moral y la consecuente violación al Principio de  
Proporcionalidad en la Legislación Ecuatoriana**

**Tesis previa la obtención del Título de:**

**ABOGADA**

**AUTORA: Manopanta Pilicita María Fernanda**

**E-mail: mafer\_20g@hotmail.com**

**TUTOR: Dr. Enríquez Vásquez Walter**

**Abril, 2014**

**Quito**

## **DEDICATORIA**

El esfuerzo fue grande pero la satisfacción es enorme al ver culminado uno de mis principales objetivos, hoy miro el rostro de quienes creyeron en mí y me siento muy feliz al saber que cuento con grandes personas que de una u otra forma han caminado junto a mí en este difícil trayecto.

A mis padres Carmen y Enrique, quienes a pesar de las adversidades nunca dejaron de lado su objetivo de brindarles una profesión a sus hijas, gracias amados padres por su amor incondicional, hoy la menor de sus hijas lo ha logrado, de todo corazón dios les pague.

A mis hermanas Martha y Sandra, quienes con su cariño y paciencia han acompañado cada uno de mis logros y fracasos.

A mis sobrinos Osmar y Dayana cómplices de aventuras.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi Dios por brindarme cada día la oportunidad de disfrutar lo hermoso de la vida.

A mi familia, quiénes con su amor y dedicación me permitieron cumplir este primer objetivo.

A quienes de una u otra forma se convirtieron en parte de mi familia, mis amigos, en especial a Gaby, Katy y Magy, cada momento compartido hizo inolvidable esta etapa universitaria; Edison Guallichico mi profundo agradecimiento por cada minuto compartido, tu amistad es muy valiosa para mí.

A mi querida Universidad Central, por abrir sus puertas y brindarme las mejores experiencias durante mi paso por sus aulas.

Al Dr. Walter Enríquez Vásquez un profundo agradecimiento por los conocimientos brindados y el tiempo dedicado en la dirección de la presente tesis, gracias por su apoyo.

A la Dra. Rita Bravo Quijano, por haberme brindado la oportunidad de crecer laboral y espiritualmente a su lado, sus consejos siempre han sido oportunos.

Un póstumo agradecimiento a quien en vida fue el Dr. Alejandro Moreano Chacón, sus sabios consejos y sus conocimientos nunca se borrarán de mi mente.

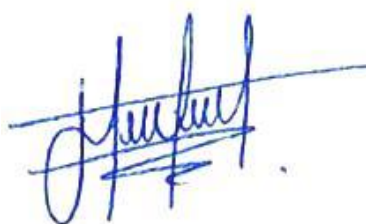
## DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD

Quito, a 09 de abril de 2014

Yo, María Fernanda Manopanta Pilicita, autora de la investigación, con cédula de ciudadanía No. 1719346783, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: “La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Ecuatoriana” Es de mi plena autoría, original y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Manopanta Pilicita, María Fernanda

C.I. 1719346783

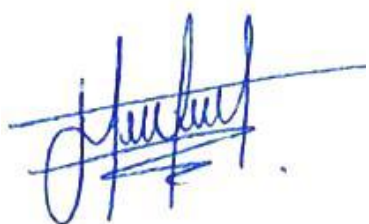
Correo: mafer\_20g@hotmail.com

## **AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL**

Yo, María Fernanda Manopanta Pilicita, en calidad de autora de la tesis realizada sobre: “La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación ecuatoriana”; por la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autora me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

Quito, 09 Abril de 2014.



María Fernanda Manopanta Pilicita  
C.C. 1719346783

## **APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS**

**WALTER ENRÍQUEZ VÁSQUEZ**

Quito, 09 abril del 2014

**SEÑORA DOCTORA  
YOLANDA YUPANGUI CARRILLO  
DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,  
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**



**RECIBIDO**

*A*

**U. CENTRAL**

**CIUDAD.**

**SRA. DECANA:**

De mi consideración:

Comunico a usted que dirigí la tesis previa a la obtención del Título de Abogada titulada: **“LA INEQUITATIVA CALIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL Y LA CONSECUENTE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**. Elaborada por la señorita María Fernanda Manopanta Pilicita; objeto de investigación que ha sido cumplido reglamentariamente.

Se dignará nombrar el Tribunal Calificador.

Atentamente,

Walter Enríquez Vásquez  
Director de Tesis

## **APROBACIÓN DEL JURADO**

Los miembros del Jurado Examinador aprueban el informe de titulación “La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación ecuatoriana”.

Para constancia firman

---

PRESIDENTE

---

VOCAL

---

VOCAL

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD .....	iv
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL .....	v
APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS.....	vi
APROBACIÓN DEL JURADO.....	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	viii
ÍNDICE DE TABLAS.....	xii
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	xiii
RESUMEN EJECUTIVO .....	xiv
ABSTRACT.....	xv
INTRODUCCIÓN .....	1
 CAPÍTULO I .....	 3
EL PROBLEMA .....	3
1.1.    Planteamiento del Problema .....	3
1.1.1.    Ubicación del problema en el contexto socio-cultural .....	4
1.1.2.    Delimitación del problema.....	5
1.1.2.1.    Universo geográfico espacial .....	5
1.1.2.2.    Universo histórico temporal.....	5
1.1.3.    Formulación del problema. ....	6
1.1.4.    Evaluación del problema .....	6
1.2.    Objetivos. ....	6
1.2.1.    Objetivo general .....	6
1.2.2.    Objetivos específicos .....	7
1.3.    Justificación.....	7
 CAPITULO II .....	 10
MARCO TEÓRICO.....	10
2.1.    Fundamentación teórica.....	10
2.1.1.    Antecedentes de Estudio.....	10
2.1.1.1.    Antecedentes de Estudio .....	13
2.1.1.1.1.    Definiciones:.....	13
2.1.1.1.2.    Evolución del Daño moral en el Ecuador.....	18



2.1.1.1.3.	Clases de acciones que generan el daño moral.....	19
2.1.1.1.4.	Acción por Daño Moral .....	31
2.1.1.1.5.	Independencia de la acción por daño moral .....	33
2.1.1.1.6.	Demanda por daño moral.....	35
2.1.1.1.7.	La prueba del daño moral .....	37
2.1.1.1.8.	La Sentencia de Daño Moral.....	40
2.1.1.1.9.	Fijación de la indemnización por daño moral .....	43
2.1.1.1.10.	Reparación del daño moral .....	46
2.1.1.1.11.	Derechos Patrimoniales.....	49
2.1.1.1.12.	Derechos Extrapatrimoniales .....	53
2.1.1.1.13.	Obligación de reparar el daño moral.....	55
2.1.1.1.14.	Estudio del actual sistema de fijación de indemnizaciones por daño moral .....	57
2.1.1.1.15.	Principio de Proporcionalidad.....	59
2.1.1.1.16.	Análisis De Sentencia Por Daño Moral.....	61
2.2.	Fundamentación Legal .....	65
2.2.1.	Constitución de la República del Ecuador .....	65
2.2.2.	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	67
2.2.2.1.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	67
2.2.2.2.	DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE .....	67
2.2.2.3.	CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS “PACTO SAN JOSÉ DE COSTA RICA” .....	67
2.2.3.	LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	68
2.2.3.1.	CÓDIGO CIVIL .....	68
2.2.4.	JURISPRUDENCIA.....	69
2.3.	Definiciones de Términos Básicos.....	73
2.3.1.	Conceptos: .....	73
2.4.	Hipótesis.....	75
2.5.	Variables.....	75
2.5.1.	Variables Independientes .....	75
2.5.2.	Variables Dependientes.....	75
CAPÍTULO III .....		76
MARCO METODOLÓGICO .....		76
3.1.	Tipos de Investigación.....	76
3.1.1.	Investigación Bibliográfica.- .....	76
3.1.2.	Investigación de campo.- .....	76

3.1.3.	Investigación Histórica.- .....	76
3.1.4.	Investigación Descriptiva.- .....	77
3.2.	Población o Muestra .....	77
3.3.	Métodos.....	78
3.3.1.	Método Científico.- .....	78
3.3.2.	Técnicas.....	79
3.3.2.1.	Observación.....	80
3.3.2.2.	Entrevista.....	80
3.3.2.3.	Encuesta.....	80
3.3.3.	Instrumentos .....	80
3.3.3.1.	Diario de Campo.....	80
3.3.3.2.	Formulario del Cuestionario .....	80
3.4.	Recolección de la Información .....	81
3.5.	Procesamiento y análisis de la información .....	81
CAPÍTULO IV. ....		82
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....		82
4.1.	Formulario No. 1 .....	82
4.1.1.	Análisis e Interpretación de resultados .....	84
4.2.	Formulario No. 2 .....	94
4.2.1.	Análisis e Interpretación de Resultados .....	98
Conclusiones .....		99
Recomendaciones.....		101
CAPÍTULO V.....		102
PROPUESTA .....		102
5.1.	Justificación.....	102
5.2.	Objetivo.....	103
5.2.1.	Objetivo General .....	103
5.2.2.	Objetivos Específicos .....	103
5.3.	Ubicación Sectorial Y Física .....	103
5.3.1.	Mapa.....	104
5.4.	Características de la Parroquia.....	105
5.4.1.	Beneficiarios.....	105
5.4.1.1.	Beneficiarios directos .....	105
5.4.1.2.	Beneficiarios indirectos .....	105
5.5.	Factibilidad.....	105

5.5.1.	Factibilidad interna .....	106
5.5.2.	Factibilidad externa .....	106
5.6.	Descripción de la Propuesta .....	107
5.6.1.	Fases del proyecto .....	111
5.7.	Cronograma de Actividades.....	112
5.8.	Presupuesto .....	112
	Impactos.....	113
	Evaluación.....	113
	BIBLIOGRAFÍA .....	115
	ANEXO .....	119

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	77
Tabla 2.....	84
Tabla 3.....	85
Tabla 4.....	86
Tabla 5.....	87
Tabla 6.....	88
Tabla 7.....	89
Tabla 8.....	90
Tabla 9.....	91
Tabla 10.....	92
Tabla 11.....	93

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 .....	85
Gráfico 2 .....	86
Gráfico 3 .....	87
Gráfico 4 .....	88
Gráfico 5 .....	89
Gráfico 6 .....	90
Gráfico 7 .....	91
Gráfico 8 .....	92
Gráfico 9 .....	93

## **RESUMEN EJECUTIVO**

El daño moral es la figura que implica la violación a los derechos personalísimos de un individuo, ya sea al ver afectada su honra, su privacidad, su personalidad, su libertad, etc.; es decir todo acto u omisión que implique dañar la integridad de un ser humano, lo que a su vez genera consecuencias negativas que necesariamente deben ser asumidas por el causante de dicha violación, sin embargo, lo expuesto no significa que la persona ofendida en su integridad esté facultada para demandar indemnizaciones millonarias en nombre del daño moral causado, puesto que no se puede utilizar la Justicia, como un medio de enriquecimiento personal, el sistema judicial fue creado para garantizar el efectivo goce de los derechos de las personas. En este sentido, el desarrollo del presente trabajo investigativo, está enfocado en una reforma al artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano referente al daño moral, que incluya nuevos parámetros que deben ser observados por los Administradores de Justicia al momento de cuantificar una indemnización, ya que la sola prudencia de los mismos ha generado hasta el momento la fijación de inequitativas indemnizaciones nada acordes al daño moral causado, generándose de esta forma una violación al principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

### **Palabras clave:**

DAÑO MORAL,  
INDEMNIZACIÓN,  
CUANTIFICACIÓN,  
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

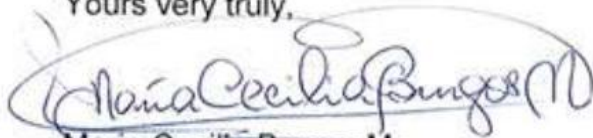
## ABSTRACT

The moral damage implies the violation of personal rights of an individual, whether his/her honor, his privacy, his personality, his liberty, etc were affected; is any act or omission involving damage to the integrity of a human being, which in turn generates negative consequences that must necessarily be assumed by the cause of the violation, however, the above does not mean the whole person offended is empowered to demand millions in compensation on behalf of the moral damage caused, since you cannot use the courts as means of personal enrichment, the judicial system was created to ensure the effective fulfillment of individuals rights

Thus, the development of this investigation research is focused in a reform of Article 2232 of the Ecuadorian Civil Code concerning moral damage, including new parameters to be observed by the Directors of Justice when quantifying the compensation, since the only existence of them has generated so far inequitable compensation with the moral damage, thus, generating a violation of the principle of proportionality set out in the Constitution of the Ecuadorian Republic

**Key Words:** moral damage, compensation. Quantification, Principle of proportionality

Yours very truly,

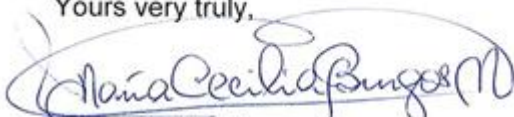


Maria Cecilia Burgos M.

I.D. 1710347095

Translator

Yours very truly,



Maria Cecilia Burgos M.

## INTRODUCCIÓN

Fue el Dr. Gil Barragán Romero, quien en el año 1984, a través de su Proyecto de “*Ley sobre la reparación de daños morales*” logró que en la Legislación Civil ecuatoriana se inserte cuatro artículos referentes al daño moral; así pues el Art. 2232 del Código Civil, manifiesta:

*Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior; manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)*

De lo cual se puede identificar grandes falencias en lo que respecta a la normativa que debe tomar en cuenta el juzgador quien tiene en sus manos la difícil tarea de cuantificar una indemnización pecuniaria que permita reparar el daño causado.

De esta manera es importante en primer lugar, destacar que al daño moral se lo debe entender como el sufrimiento causado a una persona en su dignidad, honra o integridad física, pero como consecuencia de una acción u omisión ilícita del demandado; es decir, el daño moral se deriva de un daño patrimonial el cual obviamente si es susceptible de una reparación económica fácil de establecer. Entonces, se entiende que el daño moral es extrapatrimonial, subjetivo; ya que por su naturaleza no permite una valoración económica exacta, en virtud de que la honra o integridad de una persona no se puede medir mediante una fórmula matemática.



Es este el problema, que me ha llevado a investigar el por qué las indemnizaciones por daño moral no guardan uniformidad, y al contrario son de cierta manera exageradas.

De esta manera a través del desarrollo del presente trabajo investigativo se llegará a determinar el criterio desigual de los Juzgadores al momento de cuantificar el daño moral, tomando en consideración que al ser éste subjetivo no es susceptible de una cuantificación matemática y de la misma forma demostrar que si es factible establecer parámetros específicos o límites ante las desmedidas cantidades que hasta el momento se han fijado dentro de juicios por Daño Moral.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

### 1. Tema:

**La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación ecuatoriana.**

#### 1.1. Planteamiento del Problema

A partir de 1984, la legislación civil ecuatoriana abrió la posibilidad de que las personas que han sufrido algún tipo de daño, denominado “*moral*”, puedan acudir a la administración de justicia para obligar al demandado a resarcirle dicho daño.

Es entonces que mediante un juicio y la formulación de pruebas, queda “a prudencia del Juez”, fijar la cantidad que el agraviado debe recibir por el daño moral que le han causado, pero ¿cómo puede el Juzgador poner precio a un bien inmaterial?

Se entiende que el daño moral es un perjuicio generado en contra de la dignidad, honra o personalidad de un individuo, entonces ¿cómo éstos bienes jurídicos son susceptibles de indemnización?

Ya lo menciona el Dr. Barrientos Zamorano, en la Revista Chilena de Derecho:

*Así, el daño moral que por su naturaleza, de acuerdo a los fallos chilenos, no está sujeto a las normas ordinarias sobre la prueba en general dado su carácter estrictamente subjetivo, que además no se manifiesta por los sentidos exteriores sino que se percibe interiormente, queda constreñido de contenido como concepto indemnizable (...). (Barrientos Zamorano, Revista Chilena de Derecho Versión Online ISSN 0718-3437, 2008)*

De lo mencionado se desprende, que al tener el daño moral carácter subjetivo resulta imposible que el juzgador con su sola “prudencia” como lo menciona el Código Civil, pueda establecer indemnizaciones para resarcir el daño causado a los bienes extrapatrimoniales. Así pues, basta revisar la jurisprudencia que nos ofrece la Corte Nacional de Justicia para concluir que la mayoría de casos en los cuales se han concedido sumas de dinero por concepto de indemnizaciones han sido procesos cuyos actores son personajes de la palestra pública; entonces nace otra interrogante si el actor de un juicio por daño moral es un personaje público, se le concede el monto instaurado en la demanda?

He ahí el problema que afecta aún a nuestro sistema de justicia, en lo que se refiere a este tipo de juicios, los juzgadores carecen de parámetros en los cuáles puedan basar sus sentencias, incluso incurren en violaciones de derechos constitucionales, como el que es parte de la presente investigación, el principio de proporcionalidad.

Si bien es cierto este principio ha sido mayormente aplicado o sonado, por decirlo así en el ámbito penal, no es menos cierto que el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Entonces, corresponde al legislador, establecer normas claras que permitan a los juzgadores al momento de dictar sentencia en este tipo de juicios, no fijar montos desmedidos o que puedan perjudicar a las partes.

### **1.1.1. Ubicación del problema en el contexto socio-cultural**

*Como producto del desarrollo histórico social, político y cultural que se opera a nivel mundial a raíz de la Revolución Francesa, viene la creciente apreciación de la importancia de los valores morales y espirituales, impulsando el desarrollo de la teoría jurídica política de los derechos extrapatrimoniales de la persona, que se los considera como fundamentos de la organización jurídica y social de los actuales estados democráticos y por su gran trascendencia alcanzan protección constitucional, sea como garantías o derechos de la persona natural. El Ecuador, como Estado Democrático, no podía sustraerse a este desarrollo jurídico, político y cultural, por lo que en las diversas Constitucionales que lo han regido no faltan los capítulos que tratan de los derechos extrapatrimoniales que reconocen y garantizan a las personas naturales, como garantías o derechos (Abarca Galeas, 2013, pág. 17)*

Conforme se desprende de la cita antes expuesta el Ecuador en sus diferentes Constituciones ha incluido entre sus normas la protección a los derechos extrapatrimoniales de las persona; sin embargo el daño moral es una figura poco utilizada por la sociedad ecuatoriana, ya que el desconocimiento de la existencia de una acción que permita la reparación del daño moral, ha dado paso a la impunidad de ciertos casos.

Ahora bien por cuanto el problema central de esta investigación es la inequitativa cuantificación de las indemnizaciones por daño moral; se debe señalar que se habla de inequidad por cuanto en los casos revisados en el transcurso de este trabajo no se ha encontrado uniformidad en los montos fijados por parte de los juzgadores; esto debido principalmente a que la moral por su naturaleza subjetiva no es susceptible de valoración económica y la sola prudencia del Juez resulta no suficiente al momento de fijar una cantidad.

Es importante considerar que este tipo de acciones no deben ser utilizadas como mecanismos de provecho económico, lo que se ha buscado desde que se dictó la Ley 171, es que las personas que han visto su moral afectada puedan recurrir a los diferentes órganos judiciales a reclamar lo que en Derecho les corresponde.

### **1.1.2. Delimitación del problema.**

#### **1.1.2.1. Universo geográfico espacial**

La presente investigación se llevó a cabo en la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha.

#### **1.1.2.2. Universo histórico temporal**

Esta investigación se desarrolló durante el año 2013.

### **1.1.3. Formulación del problema.**

¿Cómo incidirá la inequitativa cuantificación de las indemnizaciones por daño moral en la violación al principio constitucional de proporcionalidad?

### **1.1.4. Evaluación del problema**

El vacío legal existente en la legislación civil ecuatoriana en lo que se refiere a la forma de cuantificación de las indemnizaciones por daño moral, ha contribuido incluso a que la sociedad disminuya el nivel de credibilidad al sistema judicial, por cuanto al dejar únicamente a prudencia del Juez la fijación del monto de la indemnización se ha dado paso a que se establezcan cantidades en ciertos casos desmedidas y en otros irrisorias; lo que ha generado dos problemática más.

En primer lugar tenemos la impunidad, ya que al fijarse cantidades irrisorias como indemnizaciones ha provocado que los afectados no propongan acciones ya que más caro les resulta el proceso judicial que la indemnización a recibir. En segundo lugar la fijación de cantidades desmedidas ha generado que personas inescrupulosas utilicen este tipo de acción con la finalidad de obtener beneficios económicos.

## **1.2. Objetivos.**

### **1.2.1. Objetivo general**

- Evitar la determinación de sumas desmedidas que atentan al principio de proporcionalidad y equidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Analizar los parámetros que actualmente utilizan los Jueces al momento de cuantificar las indemnizaciones por daño moral.
- Demostrar que la inequitativa cuantificación de las indemnizaciones por daño moral, generan una grave violación al principio constitucional de proporcionalidad.
- Concientizar a la ciudadanía para evitar que se lucre a través del acceso al sistema de justicia.

### **1.3. Justificación**

¿Por qué es importante establecer parámetros para cuantificar las indemnizaciones por daño moral?

Interrogante que en la actualidad ha sido varias veces mencionada en los medios de comunicación, ya que los recientes casos que han llevado a personajes de la palestra pública a involucrarse en juicios por daño moral han dejado en evidencia el gran vacío de la legislación civil ecuatoriana en lo que se refiere a indemnizaciones por daño moral.

Así pues ha resultado fácil para los juzgadores fijar a ciegas una indemnización en base a la suma pedida por el actor del juicio, sin tomar en consideración cual fue realmente el daño moral causado, y si tal hecho en realidad causó perjuicio al actor.

Si bien es cierto actualmente la justicia ecuatoriana, atraviesa un constante proceso de reestructuración en lo que se refiere a talento humano, infraestructura, tecnología, etc., lo malo es que a pesar de todos éstos cambios, los vacíos legales como el mencionado, no permiten una adecuada administración de justicia.

He ahí la importancia de la presente investigación, puesto que al incorporar en la legislación civil ecuatoriana un artículo exclusivo sobre las indemnizaciones por daño moral, en el cual se especifique los parámetros que debe tomar en cuenta el juzgador, va a permitir a la sociedad incluso confiar un poco más en el sistema judicial.

El hecho de establecer montos justos, va a eliminar la falsa creencia de que el juicio por daño moral es sinónimo de lucro, nadie puede hacer de la justicia un medio para enriquecerse, y por más que se haya probado el daño moral causado, esto no significa que el actor va a enriquecerse a costa de una sentencia injusta y fuera de lugar.

Más aún si se considera que el daño moral no es susceptible de cuantificación en dinero, por su naturaleza estrictamente subjetiva, así lo menciona el Dr. Ricardo Noboa Bejarano:

*En este punto, parece claro que tratándose de un daño moral, por su naturaleza no patrimonial (lesiones a la dignidad de la persona, a sus sentimientos de afección o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etcétera), no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio), sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero. Pero también parece claro que el concepto de responsabilidad civil - que tiene un sentido ético innegable- no excluye, sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero, no sólo el menoscabo patrimonial, sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso".(el subrayado me pertenece) (Noboa Bejarano, Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, s.f)*

Entonces, por qué hacer de este tipo de juicios un negocio?, la moral, la dignidad, la honra de una persona no puede valorarse en dinero, son bienes jurídicos no susceptibles de cuantificación económica, pero como lo menciona el Dr. Noboa, esto no puede interpretarse de tal manera que el individuo que ha sufrido daño moral no tenga la posibilidad de obtener de la justicia una reparación, la misma que debe ser proporcional al daño causado, no desmedida y mucho menos tratando de causar perjuicio a otra persona. Es por ello que como desarrollaré más adelante en el capítulo referente a la propuesta, el primer límite que debe observar el Juez al momento de cuantificar el daño moral es el verdadero daño causado, en lo referente al daño económico, es

decir que dejó de percibir el ofendido a consecuencia de daño moral; así como también al daño psico-social, es decir cuál fue el impacto que se generó al perjudicado frente a la sociedad.

De la misma manera, el juzgador deberá tomar en cuenta la Sana Crítica al momento de establecer una indemnización, si bien el Código Civil, menciona que queda a prudencia del Juez la fijación del monto, no es menos cierto que este concepto da para varias interpretaciones, razón por cual es indispensable que el juzgador aplique la lógica y la experiencia, sumada ahí si la prudencia, al momento de dictar una sentencia en este tipo de juicios.

Es importante mencionar que el tema en cuestión, resulta plenamente controvertido, por cuanto se trata de crear un nuevo tipo de conciencia en los juzgadores, para eliminar completamente la idea costumbrista que los juicios de daño moral son sinónimo de enriquecimiento, pues como lo mencioné ningún individuo tiene la potestad de lucrar a través de la Justicia.



## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Fundamentación teórica**

El desarrollo del presente trabajo investigativo se centra en el estudio de diferentes fuentes bibliográficas, partiendo de la revisión de textos doctrinarios tanto nacionales como extranjeros referentes al daño moral y a las formas de indemnización; además se revisó todo el marco legal pertinente al tema propuesto para finalmente estudiar la jurisprudencia nacional y extranjera.

De lo expuesto se tiene lo siguiente:

##### **2.1.1. Antecedentes de Estudio**

Entender la figura del daño moral, comprende el estudio de sus orígenes más remotos y su evolución en cuanto a las formas de resarcimiento, así pues es necesario revisar los principales cuerpos legales que hacen referencia al mismo:

- **Ley del Tali3n**

Considerado como el primer cuerpo legal que intent3 poner l3mites a la venganza, 3nica forma que en aquella 3poca era utilizada por los ofendidos para castigar a quien les caus3 alg3n da3o; as3, esta Ley, m3s conocida como la Ley de “Ojo por ojo y diente por diente” estableci3 un l3mite de proporcionalidad entre el da3o causado y el castigo recibido, ya que quien causaba un da3o, recib3a como castigo el mismo da3o hacia su persona, familia o bienes.

- **Código de Hammurabi (Derecho Babilonio)**

Cuerpo legal creado en 1760 AC, entregado por el Dios Samash (Dios del Sol, Dios de la Justicia) al Rey de Babilonia Hammurabi, era un conjunto de leyes que se basaba en la llamada “Ley del Tali3n”, en cuyas primeras p3ginas establecía:

*El c3digo de Hamurabi no distingue entre derecho civil y derecho penal. En 3l hay leyes que regulan las relaciones comerciales, patrimoniales, etc., y tambi3n leyes que determinan lo que es delito y la pena que corresponde a cada delito. Sin embargo esto se hace sin ninguna sistematizaci3n, simplemente se suceden leyes que enumeran los posibles casos y lo que se debe obrar en consecuencia (3i ha pasado esto, se har3 esto otro)*  
(<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-cdigo-de-hammurabi>, sf.)

Este C3digo determin3 tipos de delitos, de penas, se regul3 el comercio y en definitiva se intent3 normar la vida cotidiana de los habitantes de Babilonia; para lo cual se estableci3 una divisi3n social de 3 categorías: libres, esclavos y los denominados “muskenu”, que podrían entenderse como los siervos en aquella 3poca.

En este sentido, y haciendo referencia al tema en cuesti3n se debe considerar que si bien dentro de las leyes de este C3digo no se hablaba de la figura de da3o moral de manera directa, las formas de resarcimiento de las lesiones causadas por los delitos, dan la base para las que actualmente existen; as3 por ejemplo el C3digo de Hammurabi determinaba:

*Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuaci3n, cambia su decisi3n, se le probar3 que el juez cambi3 la sentencia que hab3a dictado y pagar3 hasta doce veces la cuantía de lo que motiv3 la causa. Adem3s, p3blicamente, se le har3 levantar de su asiento de justicia (y) no volver3 m3s. Nunca m3s podr3 sentarse con los jueces en un proceso.*  
(<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-cdigo-de-hammurabi>, sf.)

De esta manera ya en esta 3poca se hablaba de un resarcimiento econ3mico por el da3o causado a una persona en virtud de una decisi3n judicial.

- **Ley de las Doce Tablas (Derecho Romano)**

Denominada en Latín como Lex “*Duodecim Tabularum o Duodecim Tabularum Leges*”, fue redactada entre los años 451 y 450 AC, como resultado de la revelación de los plebeyos en su lucha por la igualdad; estaba basada en los siguientes principios: a) la salvaguarda del patrimonio; b) la autoridad del “*pater familias*” como único titular de derecho; y, c) la fijación de castigos para las infracciones; siendo este último punto otro de los antecedentes de las actuales formas de indemnización por daños causados.

En este sentido, de manera específica la Tabla VIII y IX, establece los castigos a los delitos, que podía ser de dos maneras, la primera la Ley del Talión y la segunda a través de compensaciones económicas

- **Leyes de Manú (Derecho Hindú)**

Conocido como Código de Manú, en honor a su autor el mítico sobreviviente del diluvio, su origen se remonta al año 200 A.C, fue un cuerpo de leyes, encaminado a regular la vida hindú, en el cual incluso se explica la creación del mundo y la forma en que surgió este texto legal; estaba basado en 4 fuentes: a) los vedas, b) los libros propiamente legales (smiriti), c) las costumbres de los hombres santos y d) los sentimientos internos relativos a lo que verdaderamente es justo; en definitiva estuvo encaminado a regular la vida diaria hindú.

Así también se realizó una clasificación de los delitos, en virtud de la casta del agresor y de la ofensa formulada, como por ejemplo:

*Por crímenes cometidos en esta vida o por faltas de una existencia precedentes, algunos hombres de corazón perverso padecen ciertas enfermedades o deformidades: el que ha robado oro a un Brahmán, padece una enfermedad de la uñas; el bebedor de licores prohibidos, tiene los dientes negros; asesino de un Brahman, sufre una consunción pulmonar; el hombre que ha mancillado el lecho de padre espiritual, es mutilado.*  
([http://www.ecured.cu/index.php/Leyes\\_de\\_Man%C3%BA](http://www.ecured.cu/index.php/Leyes_de_Man%C3%BA), sf.)

Al igual que en el Código de Hammurabi, este texto sánscrito no contenía normas exactas sobre el daño moral, pero a diferencia de este que se basaba en la Ley del Tali3n, ya se intenta aplicar la equivalencia entre el da3o causado y la pena.

#### **2.1.1.1. Antecedentes de Estudio**

El presente trabajo investigativo se ha centrado en el estudio de diferentes textos doctrinarios, jurisprudenciales y legales que han permitido conocer a profundidad lo que implica el da3o moral, el alcance de la acci3n legal y las consecuencias de la falta de parámetros objetivos para la fijaci3n de indemnizaciones por da3o moral; así de toda la informaci3n recabada, se tiene lo siguiente:

### **EL DAÑO MORAL**

#### **2.1.1.1.1. Definiciones:**

##### **a) Definici3n de da3o**

El Diccionario de la Real Academia Espa3ola, lo define como: “1. m. Efecto de da3ar. 2. m. Am. Maleficio, mal de ojo. 3. m. pl. Der. Delito consistente en causar da3os de manera deliberada en la propiedad ajena”. (Real Academia, Espa3ola, 2001)

Adicionalmente se establece que la palabra da3o proviene del latín *damnum*, entendido como la acci3n de causar perjuicio a otro.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho, Guillermo Cabanellas, define al da3o de la siguiente manera:

*En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral. | Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acci3n de otro se recibe en la persona o en los bienes. El da3o puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el da3o doloso*

*obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y et fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia* (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2008)

En este sentido se entiende que daño es el perjuicio o detrimento que padece una persona ya sea en sus derechos o bienes, esto como resultado de la acción u omisión de otra; de acuerdo a la definición citada el daño puede producirse por dolo, culpa, o fuerza mayor. En el caso de un daño provocado de manera dolosa, la persona que lo causó debe enfrentar un proceso legal, ya que su accionar al ser de forma dolosa se convierte en un delito, por el cual debe cumplir una condena; ahora bien si el daño es el resultado de una acción culposa, no precisamente se puede hablar de una condena, pero si de una indemnización por el daño causado, ya que si bien no existió la intención de causar mal, si fue el resultado de su impericia; finalmente si se trata fuerza mayor, hay exclusión de responsabilidad.

El Código Civil ecuatoriano en su Art. 2229, establece:

*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación: 1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego; 3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y, 5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios. (Lo subrayado me pertenece)* (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)

Es decir todo agente que haya causado un mal a otra persona ya sea de manera dolosa o culposa está en la obligación de reparar dicho daño, para lo cual se establece la respectiva sanción, tema que será abordado en páginas posteriores.

Ahora bien, de acuerdo a la doctrina, el daño en el ámbito del Derecho se clasifica en patrimonial y extrapatrimonial.

Para José Ricardo Villagrán, hay daño patrimonial cuando el objeto receptor del mismo fue un bien mueble o inmueble, por cuanto al dañar dicho bien se causa perjuicio en el patrimonio del dueño del mismo; cabe recalcar que el Código Civil ecuatoriano no hace distinción entre daño patrimonial o extrapatrimonial, y mucho menos establece una definición de los mismos únicamente se habla de la figura de daños y perjuicios, lo que en definitiva puede entenderse como daño patrimonial, cuyos componentes son: lucro cesante y daño emergente; así la legislación civil ecuatoriana determina:

*Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código. (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)*

En este contexto se hace necesario explicar cada uno de estos componentes:

- **LUCRO CESANTE.-** Se entiende por lucro cesante a la ganancia que ha dejado de percibir una persona a consecuencia de un daño; para que este pueda ser determinado es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1.- Que, el lucro cesante reclamado sea consecuencia del daño y que esta pueda ser probado.
- 2.- Que, el lucro cesante causado pueda ser determinado en dinero.

De esta manera la figura del lucro cesante hace referencia al menoscabo en el patrimonio del ofendido, entendiéndose por tal a la desvalorización progresiva del mismo, como consecuencia del daño provocado.

- **DAÑO EMERGENTE.-** A diferencia del lucro cesante, esta figura se refiere al perjuicio que efectivamente sufrió la víctima en su patrimonio, como consecuencia del daño; tiene mayor posibilidad de prueba, por cuanto al referirse al perjuicio inmediato, únicamente se requiere de la valoración del bien que fue dañado.

## **b) Definición de moral**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la palabra moral de la siguiente manera:

*1. adj. Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. 2. adj. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Prueba, certidumbre moral 3. adj. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo 4. f. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. 5. f. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico (...) (Real Academia, Española, 2001)*

Al respecto Guillermo Cabanellas define al término moral de la siguiente forma:

*Moral: Como adjetivo, lo concerniente a la moral en cuanto ciencia y conducta. | Espiritual, abstracto; relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia, como la convicción o prueba moral. | Perteneciente al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2008)*

Entonces se debe entender que la palabra moral es un término subjetivo que hace referencia a la conciencia del ser humano, que le permite adecuar sus actuaciones dentro de lo que la sociedad califica como bueno o malo.

Pero si se habla de un término subjetivo, ¿cómo genera responsabilidad en el ámbito jurídico? Retomando la idea que las actuaciones del ser humano deben adecuarse a lo que la sociedad califica como bueno o malo, un acto será calificado de moral o inmoral en virtud del nivel de aceptación o rechazo por parte de esa sociedad; si la sociedad lo califica como inmoral y como tal lo tipifica un cuerpo legal, entonces acarrea responsabilidad ya sea civil o penal.

### c) Definición de daño moral

Una vez que se ha explicado las definiciones tanto de daño como de moral; es posible definir y entender lo que es daño moral, como lo explica el Dr. José García Falconí, daño moral es:

*Aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las "facultades" o "presupuestos" de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona etc..."* (<http://www.derechoecuador.com>, 2005)

Entonces se entiende que la figura de daño moral es utilizada para definir el menoscabo que sufre una persona en su honra, sentimiento, en su intimidad, pero que por su naturaleza subjetiva no es susceptible de cuantificación económica.

Ahora bien, el Código Civil ecuatoriano en el inciso segundo del Art. 2232, establece:

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes* (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)

De esta manera se entiende que el daño moral es una figura subjetiva que atañe exclusivamente al agravio psíquico e incluso físico que sufre una persona, ya sea por la acción u omisión de otra; es decir es el menoscabo en su integridad personal, espiritual. Antonio Valmania, al citar a NAVARRO ESPIGARES, J.L./MARTÍN SEGURA menciona: *"todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados"* (CECA Magán, Abogados, 2013)



### 2.1.1.1.2. Evolución del Daño moral en el Ecuador

*Las legislaciones cada vez más, consideran la reparación sobre daños morales. La indemnización no representa en estos casos equivalencia sino COMPENSACION O SATISFACCION"* (Noboa Bejarano, Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, s.f). La cita mencionada, hecha por el Dr. Noboa, corresponde a uno de los motivos que fueron expuestos por el Dr. Gil Barragán, Diputado ecuatoriano de la época, al presentar su proyecto de *Ley sobre la reparación de daños morales*" el 27 de febrero de 1984, fecha a partir de la cual se ha hecho uso y abuso de esta figura legal para obtener cuantiosas indemnizaciones por concepto de daño moral.

De lo anotado en el primer párrafo se desprende que el objetivo de esta ley era que se tome a las indemnizaciones como compensación, y no como equivalencia, razón por la cual se ha tomado a la ligera la fijación de las mismas. Y es que si bien no se puede fijar una suma equivalente al daño causado, -ya que como se ha mencionado anteriormente los bienes extrapatrimoniales no son susceptibles de cuantificación en dinero- si se puede establecer un resarcimiento proporcional, que no solo implique la suma de dinero, sino otro tipo de reparación.

El 13 de junio de 1984, se expidió la Ley 171, con la cual se reformaba el Código Civil:

- *Hasta esa fecha, únicamente se establecía la pena en casos de delito y cuasidelito; la ley reformativa, establecía además la reparación por el daño moral causado.*
- *El siguiente artículo daba al juez la potestad de valorar la indemnización cuando se haya justificado la gravedad particular.*
- *Consecuentemente se determinaba los sujetos capaz de demandar daño moral; y,*
- *Finalmente se hacía una aclaración, las indemnizaciones correspondientes al daño moral son independientes de las reguladas por otro tipo de leyes.*

Así pues, esta reforma hizo que a partir de 1984, los perjudicados por daños meramente morales puedan exigir indemnizaciones, ya que antes de esa fecha únicamente se hablaba de daño moral como sinónimo de reparación a la honra de una persona.

Según el Dr. Eu. Marcelo Barrientos Zamorano, los términos daño moral:

*(...)tendrían su origen en una interpretación latina, y gracias a la influencia del Derecho canónico, de la institución del Derecho germánico antiguo Wergeld"o fescate de la sangre"o dinero del dolor"(...)Los autores del Código Civil francés, formados todos en la doctrina canonista, intentaron supeditar la fresponsabilidad civil"a la fresponsabilidad moral," lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la culpa"en el centro del sistema de la responsabilidad civil. La moral, al tener como fundamento las nociones del bien y del mal, requiere la reparación del dañado causado cuando medie culpa o dolo del responsable o autor del daño (Barrientos Zamorano, Revista Chilena de Derecho Versión Online ISSN 0718-3437, 2008)*

De esta manera aunque la moral entendida como tal no puede ser indemnizable de una manera equivalente, si se puede hablar de un resarcimiento proporcional, que permita al ofendido obtener una reparación al daño que le han causado.

#### **2.1.1.1.3. Clases de acciones que generan el daño moral**

Una vez que se ha entendido lo que es daño moral, es importante especificar qué tipo de acciones lo generan, así tenemos:

##### **a) Daño moral en el ámbito contractual**

Parte de la existencia de un instrumento jurídicamente válido denominado contrato, en virtud del cual las partes que lo suscriben se obligan a cumplir con las cláusulas ahí estipuladas; y, que por haberse violado esa relación contractual se tiene como consecuencia un daño no solo material sino moral; así lo manifiesta el Dr. José García Falconí al citar a Ramón Meza Barros: *“La culpa contractual que incide en el incumplimiento de las obligaciones supone una relación jurídica previa, una obligación preexiste que el deudor no cumple, cumple a medias o tardíamente por desidia o negligencia”* (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 15)

Ahora bien no todos los ordenamientos jurídicos consideran que se debe proceder con la indemnización por daño moral que se derive de una relación contractual, así pues, existen dos sistemas que permiten estudiar esta figura; el primero que engloba a los ordenamientos norteamericano, inglés, alemán o austriaco, considerados como sistemas restrictivos por cuanto, de conformidad al estudio realizado por Josep Solé Feliu, Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Girona, los mismos no admiten indemnización por daño moral que se derive del ámbito contractual, salvo ciertas circunstancias determinadas por el propio sistema. A saber, este mismo Catedrático, señala la existencia de otro sistema, cuya característica de flexibilidad si admite este tipo de indemnización por daño moral, y donde se encuentran los ordenamientos belga, francés y español.

- **Sistema Restrictivo.-** Dentro de este sistema se encuentran los ordenamientos norteamericano, inglés, alemán o austriaco, en este sentido es importante desarrollar las restricciones de cada ordenamiento para determinar el motivo de sus rechazo a la indemnización por daño moral que se derive del ámbito contractual:

- **Ordenamiento Norteamericano.-** El Profesor Solé Feliu, al citar a CALAMARI PERILLO, menciona:

*En el derecho norteamericano, el requisito de la previsibilidad del daño como presupuesto para su indemnización viene establecido en el Artículo 351 Restatement (Second) of Contracts (1981), según el cual “[L]os daños no son indemnizables cuando la parte incumplidora no podía preverlo como resultado probable del incumplimiento en el momento de perfección del contrato (<http://www.indret.com>, 2009)*

Es decir este sistema rechaza la indemnización por daño moral, cuando las consecuencias del incumplimiento contractual no pueden ser previstas por las partes al momento de perfeccionarse el contrato; además de que resultaría una suerte de negocio que se establezcan indemnizaciones por los “malestares” comunes que se derivan de cualquier incumplimiento contractual considerando que las partes al suscribir el mismo aceptan las condiciones del instrumento y saben que de no cumplirlo deben someterse a algún tipo de sanción.

Ahora bien, como toda regla este ordenamiento tiene 3 excepciones: a) Cuando por el incumplimiento contractual se haya causado daño físico al afectado o molestias emocionales graves, b) Cuando el incumplimiento contractual se deriva de un acto intencional o gravemente negligente del deudor; y c) Cuando el incumplimiento contractual se refiere a contratos que por su naturaleza están destinados a satisfacer intereses no patrimoniales.

- **Reino Unido.-** *En esta legislación existe una posición restrictiva a las indemnizaciones derivadas del daño moral por incumplimiento contractual debido principalmente a al carácter comercial de las relaciones contractuales, lo que hace como lo manifiesta Josep Solé Feliu: "...que el sufrimiento psicológico asociado al incumplimiento se considere parte del riesgo empresarial asumido por los contratantes"* (InDret, 2009, pág. 10)

Es decir se da prioridad al carácter económico de dichas relaciones, asumiendo como normal el sufrimiento o angustia que puede llegar a padecer alguna de las partes por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la suscripción de un contrato. Sin embargo, de la misma forma que el ordenamiento jurídico norteamericano, en Reino Unido se admite ciertas excepciones a esta regla; así se tiene: a) Incumplimiento contractual que causa lesiones corporales al acreedor; b) Incumplimiento de contratos cuyo objeto consiste en proporcionar al acreedor bienestar, descanso, placer o evitar que padezca ciertas molestias.

- **Ordenamiento Alemán.-** *De conformidad a lo establecido por Josep Solé Feliu, el ordenamiento jurídico alemán resulta ser más restrictivo que los expuestos anteriormente para admitir la indemnización por daño moral en materia contractual; así manifiesta: "...el punto de partida de la regulación alemana se encuentra en el S 253 BGB, según el cual "el daño no patrimonial (...) solo puede ser indemnizado en los casos establecidos por la ley"* (InDret, 2009, pág. 10)

Por lo que resultaba inadmisibles cualquier tipo de indemnización que no se encuentre prevista en su ordenamiento jurídico. Así mismo el referido tratadista menciona que el Tribunal Supremo Federal justificó la indemnización de los daños derivados de la lesión al derecho general de la personalidad en virtud de lo establecido en la Constitución alemana que protege la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; esto claro exclusivamente en el ámbito extracontractual.

- **Sistema Flexible.-** Dentro del cual se encuentran los ordenamientos Francés, Belga y Español.
- **Ordenamiento Francés y Belga.-** Ambos ordenamientos no presentan restricciones al momento de dar paso a las indemnizaciones por daño moral que se deriven del incumplimiento contractual; siempre que se haya determinado que el daño es cierto, previsible en el momento de la perfección del contrato y principalmente que sea consecuencia directa del incumplimiento contractual; así por ejemplo de conformidad al Art. 1147 del Código Civil francés corresponde al deudor el pago de la indemnización de daños y perjuicios ya sea por incumplimiento de la obligación o retraso en el mismo, siempre que no se haya justificado que incumplimiento deviene de una causa extraña que no se le puede imputar; indemnización que no comprende únicamente los daños materiales sino también la afectación a los derechos extrapatrimoniales del acreedor.
- **Ordenamiento Español.-** Este ordenamiento jurídico no solo da paso a la indemnización por daño moral sino que además considera que este tipo de daño no solo comprende el sufrimiento o padecimiento psíquico, sino que además se extiende al impacto o sufrimiento espiritual, incertidumbre, ansiedad y otro tipo de trastornos de este estilo.

Ahora bien el sistema español establece 2 exigencias para que proceda este tipo de indemnización, así se tiene: a) el daño a pesar de ser relevante debe ir más allá de las molestias propias del incumplimiento contractual; y, b) el daño moral debió ser previsto en el momento en que se constituyó la obligación.

Cabe mencionar ciertos casos en los cuales el ordenamiento español ha considerado viable la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual; así por ejemplo: Contratos de viajes combinados, contratos de servicios funerarios, contratos laborales, contratos de arrendamiento.

De lo estudiado dentro de este sistema considerado flexible por cuanto da paso a las indemnizaciones por daño moral derivados del incumplimiento contractual, se puede considerar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra dentro del mismo; así en primer lugar es necesario conocer cómo se define a un contrato en la legislación ecuatoriana; al respecto el Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano lo define como: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”* (Abarca Galeas, 2013, pág. 65)

Entonces se debe entender por contrato al acuerdo de voluntades entre dos o más personas con plena capacidad para hacerlo, del cual una vez perfeccionado nacen derechos y obligaciones para ambas partes, entonces se puede afirmar que: *“El hombre como ser social desenvuelve su actividad económica mediante el contrato, que tiene por objeto la expresión jurídica de las diferentes formas de relaciones económico sociales contempladas en el ordenamiento positivo”* (Abarca Galeas, 2013, pág. 65)

De lo que se colige que el contrato siendo “ley” para las partes les impone el cumplimiento de las obligaciones contraídas; y, que de no hacerlo estarían violando la relación contractual, como lo manifiesta el mismo Dr. Abarca, hay dos tipos de responsabilidades para el sujeto obligado: a) responsabilidad para el cumplimiento de la obligación y b) responsabilidad para el caso del incumplimiento de la misma. En el primer caso se tiene que por la suscripción de un contrato las partes aceptan las obligaciones ahí estipuladas y son responsables de su cumplimiento; mientras que en el segundo se puede hablar de la consecuencia de la violación a la relación contractual, ya que de no cumplirse con la obligación o de hacerlo de manera imperfecta, el sujeto que incumple con lo pactado es responsable por el mismo y debe responder ante el acreedor.

En el supuesto de que la obligación no ha sido cumplida por el sujeto responsable en los términos establecidos, al acreedor le quedan dos caminos, el primero la ejecución forzada por el cual mediante el órgano jurisdiccional competente se demanda el cumplimiento de la obligación y la respectiva indemnización por el retardo en la misma; pero en el caso de no lograrse proceder con esta figura se tiene el pago de daños y perjuicios siempre que se haya probado el dolo o la culpa en dicho incumplimiento.

De lo expuesto se tiene los dos tipos de responsabilidad que nacen de las relaciones contractuales; pero cabe destacar que el presente estudio se enfocará en la responsabilidad que nace para el sujeto obligado por el incumplimiento de las estipulaciones contractuales, así se tiene que: *“El incumplimiento total o parcial, doloso o culposo, si no vulnera el derecho del acreedor ocasionando el resultado perjudicial, no tiene relevancia jurídica porque no nace la obligación indemnizatoria”*. (Abarca Galeas, 2013, pág. 68)

Entonces para que nazca la obligación por incumplimiento el sujeto obligado debió actuar de manera dolosa o culposa en dicho incumplimiento y como consecuencia del mismo se debió haber causado perjuicio material y en ciertos casos también daño moral a la contraparte. Ahora bien es necesario aclarar que para que exista responsabilidad civil en el ámbito contractual se debe observar los siguientes presupuestos:

1. **Validez del contrato.-** Es decir el contrato debió celebrarse bajo estricta observancia de las leyes del lugar en el cual se suscribió.
2. **Objeto de carácter patrimonial.-** El contrato debe versar sobre un objeto que atañe un derecho patrimonial de las partes.

De haberse cumplido con los presupuestos establecidos y al tratarse de una violación a la relación contractual en la que se haya probado dolo o culpa del deudor, se establece un daño material para el acreedor a la par se puede determinar la existencia también la de daño moral, siempre y cuando la afectación se extienda a un derecho extrapatrimonial del referido acreedor; lo cual se explica con el siguiente ejemplo: el sujeto A, se niega a cancelar el valor por la mercadería que provee el sujeto B, aduciendo que la misma ha sido ingresada al país de manera fraudulenta aparte de ser de baja calidad; incumpliendo el contrato pactado con anterioridad entre ambas partes. Entonces en primer lugar tenemos la afectación material, como efecto del no pago por la mercadería solicitada y en segundo lugar la afectación moral, derivada del desprestigio al sujeto B.

En este punto es importante destacar lo siguiente:

*Las personas naturales intervienen en los contratos no solo como titulares de los derechos patrimoniales objeto del contrato, sino también como titulares de todos los derechos de la personalidad son bienes jurídicos garantizados por el ordenamiento positivo (lo subrayado me pertenece).* (Abarca Galeas, 2013, pág. 70)

Como se evidencia a la par con el daño material producido por el incumplimiento de la relación contractual se encuentra el daño moral; es decir la afección a los derechos extrapatrimoniales del acreedor, lo que le da la potestad de reclamar no solo la indemnización por daños y perjuicios que abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, sino también por daño moral como una acción accesorio, pero para la cual deben coexistir los siguientes elementos:

- a) Preexistencia de una relación contractual de carácter económico, cuya suscripción generó derechos y obligaciones para las partes.
- b) Incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones contractuales que generen daño material y de manera accesorio daño moral.
- c) La generación efectiva del daño material y consecuentemente el daño moral.
- d) Relación de causalidad objetiva entre el incumplimiento y el daño moral.
- e) Relación jurídica accesorio al contrato por medio de la cual la parte que incumplió queda obligada a la indemnización y el acreedor tiene el derecho de exigir dicha indemnización.

Es importante recalcar que la observancia de cada uno de estos presupuesto determinan en primer lugar la existencia del daño material y de manera consecuente el daño moral ya que este sin el primero no nace; pero se debe aclarar que la acción para reclamar indemnización por daño moral siempre se tratará en cuerda separada de la de daños y perjuicios, como acción independiente; tema que será abordado en el siguiente capítulo; de esta manera se tiene que:



*El daño material es consecuencia del desconocimiento o lesión del derecho patrimonial amparado en el contrato, en tanto que, el daño moral es consecuencia de la vulneración de uno o más derechos extrapatrimoniales en relación de conexidad con la lesión del derecho patrimonial del acreedor* (Abarca Galeas, 2013, pág. 35)

#### **b) Daño Moral en el ámbito extracontractual**

El daño moral en materia extracontractual de manera general surge cuando se viola el deber jurídico de no causar daño a nadie, específicamente cuando la conducta de dicho agente lesiona un derecho extrapatrimonial protegido por el ordenamiento constitucional y legal de otra persona, lo que se constituye en una conducta civil ilícita y que de forma inmediata genera daño moral en contra de dicha persona, por el cual nace su derecho de reclamar la indemnización correspondiente; como lo manifiesta el Dr. Abarca:

*Lo ilícito extracontractual comprende a todo hecho voluntario doloso o culposo que no configura infracción penal y que al igual que ésta, constituye una de las fuentes de las obligaciones que se contraen sin convención (...)* (Abarca Galeas, 2013)

Entonces se infiere que para que se configure esta conducta civil ilícita el agente responsable debió causar injuria o daño a la otra persona, ya sea por una comisión o una omisión que vulnera un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico; entonces se tiene que para que dicha conducta se convierta en un ilícito civil extracontractual debe contener los siguiente presupuestos:

1. La conducta como tal debe ser dolosa o culposa y vulnerar el derecho reconocido legalmente;
2. Como resultado de la vulneración del derecho se produce un daño;
3. Relación de causalidad: conducta ilícita-resultado dañoso; y,
4. Relación jurídica: agente perjudicado – responsable del ilícito.

De esta manera se entiende que la conducta ilícita civil extracontractual se compone de elementos tanto objetivos como subjetivos; así dentro de los elementos objetivos se encuentra la acción u omisión del agente responsable, el resultado y la relación de causalidad entre los mismos, mientras que dentro de los elementos subjetivos se encuentran el dolo o la culpa con la que se ejecutó dicha conducta; considerando que la misma no debe encontrarse tipificada como delito penal; de lo que se infiere que para que el daño causado sea considerado jurídicamente relevante debe existir un nexo causal entre dicho daño y la conducta ilícita que la generó.

De lo anotado se desprende que el ilícito civil se configura por tres elementos:

- 1.- La conducta.- Acción u omisión del agente responsable que ejecutada de manera dolosa o culposa viola un derecho patrimonial o extrapatrimonial de otro agente.
  - 2.- El resultado.- Consecuencia de la conducta dolosa o culposa que se genera en la persona ofendida.
  - 3.- La obligación.- Se constituye en el nexo entre el agente responsable y el sujeto ofendido, por la cual el primero queda sujeto al pago de una indemnización por el daño causado.
- Entonces como lo menciona el Dr. Abarca:

*(...) podemos ver con claridad que la obligación generada por el ilícito civil como su derecho correlativo son de naturaleza patrimonial. La obligación correlativa al derecho patrimonial del particular perjudicado, que deba cumplirla el ofensor tiene por objeto la entrega de la indemnización, consistente en un valor económico equivalente a la injuria o daño (Abarca Galeas, 2013, pág. 77)*

De lo que se infiere que la naturaleza jurídica de la obligación que tiene el agente responsable por el daño causado es de carácter económico y su forma de cálculo al tratarse de daños y perjuicios se contrae a la determinación matemática del daño emergente y el lucro cesante; ahora bien tratándose de daño moral hay dos formas de determinación dependiendo si es de carácter objetivo o subjetivo; en tratándose del primero cuyos efectos tienen repercusión en el patrimonio del ofendido la determinación de la obligación pecuniaria se la realiza a través del mismo cálculo; mientras que si el daño moral es de carácter subjetivo por no existir una fórmula para su cálculo únicamente queda a prudencia del juez una suma considerada equivalente al daño causado.

## **Responsabilidad civil por daño moral en materia extracontractual**

Esta figura se refiere al deber jurídico del agente responsable para indemnizar a la persona ofendida por el daño causado ya sea de manera dolosa o culposa y en cuya ejecución haya existido conciencia y voluntad del mismo, elementos determinantes que configuran la conducta dañosa.

Dolo es la voluntad deliberada al momento de cometer una acción u omisión a sabiendas de que la misma es ilícita, el Código Civil ecuatoriano lo define como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. La culpa es la falta de diligencia en un determinado acto que se produce por no medirse las consecuencias posibles o previsibles del mismo; así el cuerpo legal antes citado establece 3 clases de culpa grave, leve y levísima.

*Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)*

De esta manera se llega a determinar que para que exista responsabilidad civil en materia extracontractual se debe cumplir con los siguientes parámetros:

- 4.1. Imputabilidad del agente responsable del daño, la cual se configura si dicho agente ha cometido el acto con conciencia y voluntad;
- 4.2. Culpabilidad civil que se refiere como lo manifiesta el Dr. Galeas a la imputación reprochable de los efectos de la conducta ilícita al sujeto que la provocó; ya que el

mismo al estar consciente de que el acto es atentatorio al ordenamiento jurídico establecido lo realiza de manera culposa o dolosa; y,

- 4.3. Como consecuencia de lo anterior el tercer elemento se refiere los efectos dañosos provocados en el sujeto ofendido y por lo cuales tiene derecho a reclamar una indemnización.

Sin embargo se debe considerar las circunstancias excluyentes de la responsabilidad civil; así al tratarse de caso fortuito (acontecimiento involuntario e imprevisible) o de fuerza mayor (acontecimientos imprevisibles que dependen de las fuerzas de la naturaleza) el acto dañoso no puede ser imputable a sujeto alguno.

### **Clases de responsabilidad civil**

El Dr. Abarca Galeas en su obra *“El daño moral y su reparación en el derecho positivo”* (Abarca Galeas, 2013, pág. 56 y 57), menciona que existen tres tipos de responsabilidad

- **Responsabilidad Civil Personal.-** Que obliga al agente responsable a responder por la conducta culposa o dolosa que ha provocado en contra de otra, conforme lo establece el Art. 2214 del Código Civil ecuatoriano.
- **Responsabilidad Civil Solidaria.-** Que tiene lugar cuando la acción u omisión de varios agentes han causado daño a otra persona y por lo cual se encuentran obligados de manera solidaria a compensar al agente ofendido.
- **Responsabilidad Civil Subsidiaria.-** La cual tiene lugar cuando el agente responsable del daño es inimputable y por el que debe responder la persona que lo tiene bajo su cuidado; esta clase de responsabilidad tiene lugar cuando el agente que la provoca es inimputable o incapaz de discernimiento; cuando el mismo esté bajo el cuidado de otra persona y que la conducta ilícita sea el resultado de la negligencia de esta tercera persona que tiene a su cargo a la persona incapaz.

### **c) Daño moral a consecuencia de un delito penal**

El Dr. Abarca Galeas al referirse a la Responsabilidad Civil por la Injuria o Daño Moral generado por la Infracción Penal menciona:

*Si el hecho voluntario ilícito se encuentra tipificado en la ley penal, la reparación pecuniaria de la injuria y/o daño originado en la vulneración de los derechos del particular perjudicado comprende la responsabilidad civil ex-delito (Abarca Galeas, 2013, pág. 95)*

De lo cual se tiene que cuando la conducta dañosa constituye una infracción penal, el agente responsable no solo debe cumplir la pena que se le impone de comprobarse la autoría del mismo, sino que además debe asumir la responsabilidad civil que implica el pago de una indemnización por el daño moral causado a la víctima. De esta manera el Autor en mención establece que son presupuestos de este tipo de responsabilidad los siguientes:

1.- Que la conducta ilícita que afectó al agente pasivo, se encuentre tipificada como delito en la ley penal; es decir se aplica el principio “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” por el cual ninguna persona puede ser acusado de una conducta ilícita si la misma no ha sido tipificada previamente como delito penal.

2.- Que el agente que cometió dicha conducta ilícita sea imputable; es decir que la persona al momento de cometer dicha conducta lo haya hecho con conciencia y voluntad; así lo menciona el Dr. Abarca:

*La imputabilidad en general, no es más que la condición biosicológica de normalidad del agente, que puede faltar cuando éste no ha alcanzado la madurez física y síquica necesarias. También puede faltar cuando por enfermedad la consciencia y la voluntad se encuentran anuladas o gravemente perturbadas de modo permanente o transitorio (Abarca Galeas, 2013, pág. 99)*

Entonces únicamente una persona es responsable de sus actos cuando se encuentra en plena capacidad que le permita entender la magnitud de los mismos; y,

3.- La culpabilidad penal del agente activo de la infracción; es decir únicamente se puede emprender una acción de daños y perjuicios en contra del agente que cometió la conducta ilícita, siempre y cuando se haya comprobado que el mismo fue autor de la referida conducta ya sea de manera dolosa, culposa o preterintencional; en este caso se establece que la responsabilidad civil ex- delicto es accesoria a la responsabilidad penal; mientras que para el caso de la indemnización por daño moral no es necesario que se haya declarado la responsabilidad penal, ya que es una acción independiente.

#### **2.1.1.1.4. Acción por Daño Moral**

El Dr. José García Falconí, al citar al tratadista Ripert, menciona: *“Sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de controlarse del golpe merced a la indemnización que habrá de recibir”* (García Falconí, La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos, 2010, pág. 227)

De lo que se infiere que al causar daño moral en contra de una persona se afecta, en este caso los derechos extrapatrimoniales de la misma y como consecuencia nace su derecho de reclamar la reparación de dicho daño; es decir, el afectado queda facultado para interponer una acción por daño moral en contra del agresor.

Acción, se define como la facultad que tiene cualquier persona para reclamar ante los Jueces competentes lo que considera que de manera justa le corresponde; de esta manera toda acción civil tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario por los daños y perjuicios que hayan afectado el patrimonio de otra persona; así el Dr. García Falconí establece que la misma tiene por objeto:

*1. Obtener la restitución de los efectos provenientes del delito; 2. En subsidio, obtener el pago del valor de esos mismos efectos cuando ellos han perecido para su dueño. 3. Obtener la indemnización por daños y perjuicios causados por el delito o cuasidelito. 4. Obtener las reparaciones pecuniarias en beneficio del ofendido* (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 69)

En lo que respecta a la acción por daño moral se entiende que la misma faculta a quien ha sido agraviado en su honra, sentimientos y en general se le ha afectado su moral para reclamar ante el Juez competente la respectiva indemnización. Desde 1984, fecha en la cual se expidió la Ley No. 171, mediante la cual se incluye la reclamación de indemnizaciones derivadas del daño moral en la legislación civil ecuatoriana, se abrió la puerta para que, quienes se sientan agraviados en sus derechos extrapatrimoniales tengan la posibilidad de proponer una acción en contra del agente responsable.

El Dr. José García Falconí al citar a Ramiro García Falconí, menciona los requisitos necesarios para que prospere la reclamación por daño moral, así se tiene los siguientes:

*1.- Que el hecho u omisión haya sido ejecutado por persona capaz; 2.- Que el hecho u omisión provenga de culpa o dolo del demandado; 3.- Que el hecho u omisión produzca daño; y, 4.- Que entre el hecho u omisión y el daño, exista una relación de causalidad* (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 28)

Entonces la acción por daño moral procede siempre y cuando el daño inferido haya sido cometido por una persona legalmente capaz, que en su comisión se haya empleado el dolo o la culpa y que como resultado del mismo que provocado una afección a otra persona.

En reiteradas ocasiones se ha mencionado que la acción por daño moral debe ser propuesta ante el Juez competente, entonces ¿Quién es el Juez competente para interponer una acción por daño moral? Por tratarse de una acción civil, el Juez competente para conocer de una demanda por daño moral es el Juez de lo Civil del domicilio del demandado; ahora bien de tratarse de daño moral derivado de un delito penal, el agraviado tiene dos caminos, la acción penal que tiene por objeto determinar la responsabilidad del procesado y que de ser comprobada acarrea una pena para el mismo; y, además la acción civil por medio de la cual el Juez basado en la prudencia determinará la respectiva indemnización por daño moral.

#### **2.1.1.1.5. Independencia de la acción por daño moral**

El Dr. Agapito Valdéz Ordóñez, al citar al Dr. Gil Barragán Romero, menciona:

*“En el Ecuador, para la acción de daño moral rige el sistema de total independencia de jurisdicciones. Lo declara la nueva ley y puede afirmarse que regía aún antes de esta, pues no había norma legal que dispusiera lo contrario. Esta independencia, además, se había reafirmado por la jurisprudencia y la doctrina”. (Valdéz Quiñonez, 2008, pág. 5)*

De lo expuesto se tiene que en la legislación ecuatoriana existe completa independencia para interponer una acción por daño moral sin tener previa resolución de otra acción para que esta proceda, lo que sí sucede con la acción por daños y perjuicios en donde es necesario contar en primer lugar con una sentencia en la que se establezca que el ofendido puede ejercer dicha acción.

Esta independencia se encuentra avalada por varios fallos de la actual Corte Nacional de Justicia, así se puede apreciar los siguientes:

*(...)Cuando el legislador, en el artículo tercer innumerado que se maneja/5 agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil por la Ley No. 171 promulgada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 (2234 de la actual codificación), dijo que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes, no dijo ni podía decir que se deba indemnización por daño moral como resultado de acciones u omisiones lícitas, lo que dice es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial, que una y otra son obligaciones independientes entre sí de manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que, inclusive, puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como, por ejemplo, el pago de un seguro de vida (...) (Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, pág. 2735)*

*...por lo que acogiendo las excepciones de improcedencia de la acción e incompetencia del juzgado deducidas por los demandados, desecha la demanda, pronunciando que esta Sala lo considera improcedente puesto que, como alegan los demandados en su escrito de impugnación, contiene una errónea interpretación del primer artículo innumerado de la*



*Ley 171, toda vez que las acciones de indemnización por daños morales son independientes de las acciones de daños y perjuicios ocasionados por un delito, las mismas que contienen obligaciones que indistintamente pueden reclamarse en las vías civil o penal, a elección del agraviado”. (Sentencia de Recurso de Casación, 2001)*

Ahora bien, el Art. 2234 del Código Civil establece: “Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.” (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)

Cabe considerar que de cierta manera la independencia con la que se maneja esta acción puede resultar perjudicial, por cuanto al no ser requisito la prejudicialidad se deja la puerta abierta para que cualquier persona interponga una acción por creer afectada su moral; sin embargo tratándose del daño moral que se deriva de un delito penal puede darse que la acción de daño moral fundamentada en la acción penal por un delito se quede sin fundamento cuando la sentencia penal ratifique la inocencia del acusado; en este sentido se tiene que:

*Respecto a esta interrogante la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema dice en varias sentencias en esta materia que es importante destacar además que los órganos de la jurisdicción civil son competentes para conocer de una pretensión de pago de indemnización por injurias que han causado daño moral cuando no se ha propuesto acción por injurias ante órgano competente de jurisdicción penal (...); o sea, en resumen, se puede señalar que producido el delito penal se produce la existencia del daño moral, con independencia de la sanción penal que puede recaer sobre dicho ilícito penal (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)*

Sin embargo se debe recordar que el daño moral no proviene únicamente del cometimiento de un delito, sino también procede en el ámbito contractual y extracontractual, conforme se ha detallado anteriormente, espacios en los cuales se aplica a cabalidad el concepto de independencia de la acción, ya que es dentro de la propio proceso por daño moral que el actor debe probar la afectación provocada.

#### **2.1.1.1.6. Demanda por daño moral**

Se entiende por demanda al acto por el cual una persona que se considera afectada interpone una acción ante el órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de reclamar lo que considera en derecho le corresponde. Ahora bien en el caso de daño moral por cuanto el mismo no tiene un procedimiento especial debe acogerse conforme lo establecido en el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil a lo establecido para el juicio ordinario.

Así mismo por mandato del cuerpo legal citado la demanda debe ser interpuesta ante el Juez de lo Civil del domicilio del demandado, conteniendo los requisitos establecidos en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil.

- a) **Actor del juicio por daño moral.-** Actor es la persona que al ver afectados sus intereses por la acción u omisión de otra persona está facultado para interponer una demanda; así específicamente en el caso del daño moral el Código Civil establece quien puede proponer la acción:*

*Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.*  
(Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005)

Entonces, conforme lo señalado en la norma legal, es exclusivamente la persona afectada por el agravio quien está facultado para interponer la acción por daño moral; sin embargo dicha norma no es restrictiva ya que establece dos excepciones, considerando que la acción civil es transmisible, en caso de muerte de la víctima corresponde a sus derechohabientes demandar lo que en derecho le correspondía al agraviado; y, si en virtud del daño provocado la víctima ha sufrido algún tipo de imposibilidad son los parientes de la misma (segundo grado de consanguinidad) quienes deben ejercer la acción.

Sin embargo se habla de que en caso de daño moral provocado a una persona jurídica, es su representante legal quien debe intentar la acción; ante lo cual nace la siguiente interrogante ¿Son las personas jurídicas propensas al daño moral?

En primer lugar hay que considerar que conforme lo señalado en el Art. 564 del Código Civil: *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”* (Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005)

En este sentido si bien la persona jurídica por considerarse “ficticia” no puede verse afectada en sus sentimientos, pues obviamente no los tiene, si se habla del buen nombre y prestigio de la misma lo que puede ser considerado equivalente a los sentimientos y a la moral de un ser humano; así lo señala el Dr. José García Falconí al mencionar que:

*Recalco que la persona jurídica es como sujeto pasivo en la actual legislación del país, puesto que si bien ella no puede alimentarse de sentimientos de bienestar o dicha, puede poseer otros bienes extrapatrimoniales, así se dice que los ataques al crédito y prestigio de una persona se equipara al honor de los humanos; pero también debo dejar constancia que las personas jurídicas, no tienen honor subjetivo, no es objeto de calumnia por carecer de capacidad penal, pero tales entidades adquieren buena o mala reputación en sentido genérico y como un reflejo de cualidades humanas de quienes la dirigen o del papel que realizan en la comunidad. (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 75)*

Por lo que si bien, la persona jurídica como tal no puede intentar la acción por daño moral, corresponde a sus representantes legales el proponerla en busca de una reparación que equipare el daño sufrido, que como se detalló anteriormente no se trata de una afectación a sus sentimientos sino del daño a la imagen corporativa ante el universo comercial.

**b) Demandado.-** El Código de Procedimiento Civil en su Art. 32 establece que demandado es la persona contra quien se propone la acción; entratándose del tema propuesto el Código Civil ecuatoriano en el inciso segundo del Art. 2232 señala:

*(...)Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. (Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005)*

De lo que se infiere que quien de manera dolosa o culposa haya causado daño a otra, está obligado a repararlo.

#### **2.1.1.1.7. La prueba del daño moral**

Considerando que la prueba es el medio por el cual se demuestra lo aseverado el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil determina: *“Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”* ( Código de Procedimiento Civil - Codificación No. 11, 2005); también cabe considerar lo establecido en el Art. 114 del mismo cuerpo legal que determina: *“Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”* ( Código de Procedimiento Civil - Codificación No. 11, 2005). Entonces cabe la siguiente interrogante: ¿A quién le corresponde la carga probatoria?

Para responder esta inquietud es necesario hacer referencia a lo manifestado por el Dr. José García Falconí, quien señala que el procedimiento civil ecuatoriano mantiene las instituciones probatorias del derecho antiguo donde se establece que efectivamente corresponde al actor probar lo aseverado en su demanda, mientras que al demandado le corresponde probar sus excepciones; considerando que el demandado se convierte en actor cuando se da la reconvención.

En este sentido es importante considerar lo aseverado por el Dr. Patricio Gonzalo Palomino, al ser citado por (García Falconí, La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos, 2010, pág. 304 y 305)

El Dr. Palomino, establece que son tres momentos de vital importancia en el ámbito probatorio; así se tiene:

- a) **El momento de los medios probatorios:** En el cual el actor debe señalar al Juzgador que instrumentos utilizará durante el proceso judicial para demostrar lo aseverado en su demanda.
- b) **El momento de la carga probatoria:** Etapa en la cual se debe determinar cuándo y cómo les conviene a las partes utilizar sus medios probatorios.
- c) **El momento de la valoración de la prueba:** Considerada como la fase final del proceso judicial, por cuanto de la valoración de la prueba surge la sentencia del juzgador, en la cual declara si es o no procedente la pretensión del actor.

Ahora bien conforme lo manifiesta el Dr. Agapito Valdéz Ordóñez, existen dos corrientes acerca de la prueba en el daño moral; así se tiene que la primera corriente establece la obligatoriedad de probarse el daño moral, mientras que la segunda excluye la prueba del daño moral considerando que la misma se deriva de los propios hechos, de la acción antijurídica y de la titularidad del accionante.

- **Obligatoriedad de la prueba de daño moral.-** El Dr. Valdéz al citar a Alberto Montel, menciona:

*Por lo que se refiere a la pretendida imposibilidad de justificar la existencia real de daño morales, aparte de la escasa importancia ya que correspondiendo la prueba al actor, el resarcimiento no le será concedido mientras no puede haberlos sufrido realmente, se trata en realidad de una simple dificultad que puede ser mayor o menor según las*

*circunstancias, y no puede por lo tanto influir sobre la decisión de la cuestión en general*  
(Valdéz Quiñonez, 2008, pág. 26)

Entonces de acuerdo a esta corriente se infiere que es obligatorio probar los daños que han sido causados a una persona para que de esta manera pueda el Juez determinar la gravedad del daño, lo que posteriormente le permitirá establecer una indemnización equivalente al mismo.

- ***No obligatoriedad de probar el daño moral.-*** Al respecto el Autor en referencia al citar a José Bidart Hernández, menciona:

*En cuanto a la prueba del perjuicio como requisito para el otorgamiento de la indemnización, los daños morales causados a los parientes más próximos (ascendientes, descendientes, cónyuge) no precisan de prueba porque se presume que sufren perjuicio con la muerte del pariente. En efecto, el daño moral es una materia discrecional y de apreciación privativa de los jueces de la instancia, para dejar establecida su existencia basta que el Juez, estime acreditada la causa que lo genera y el nexo de parentesco o relación de quien lo solicita* (Valdéz Quiñonez, 2008, pág. 26)

En este punto es necesario aclarar que la legislación ecuatoriana mantiene la posición de la obligatoriedad de probar el daño moral por cualquiera de los medios probatorios establecidos tanto en el Código Civil como de Procedimiento Civil; ya que resulta poco aceptable que una sentencia se base en presunciones o estimaciones del juzgador; en este sentido el Dr. José García Falconí señala:

*En esta clase de juicios hay factores de índole interno que pertenece al dominio de la sociología y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales; pero existen otros elementos de carácter extremo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar; las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y en fin todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con exactitud que fuere de desearse, la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada* (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 39 y 40)

Considerando que por la naturaleza subjetiva del daño moral es difícil que se pueda probar la perturbación emocional causada al agraviado, se debe considerar que la prueba debe enfocarse en demostrar el hecho antijurídico y el nexo causal del mismo con el daño causado; por cuanto son los elementos que servirán al Juez para determinar la veracidad de lo demandado y posteriormente para que se fije la indemnización que le corresponde al actor; tomando en cuenta que la referida indemnización tampoco se basa en una tabla o en una fórmula matemática, por lo que es la prudencia del Juez la que la fija.

#### **2.1.1.1.8. La Sentencia de Daño Moral**

El Código de Procedimiento Civil, en su Art. 269 establece: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio” ( Código de Procedimiento Civil - Codificación No. 11, 2005)

Es decir, una vez que ha culminado el proceso judicial, corresponde al Juzgador dictar su sentencia en base a las pruebas aportadas por las partes para de esta manera terminar esa instancia; ya que posterior a la sentencia las partes tienen 3 días para interponer un recurso que les permita continuar el litigio en segunda instancia, esto a nivel de Corte Provincial de Justicia.

Al respecto el Dr. José García Falconí al citar al tratadista Chiovenda manifiesta:

*La resolución que acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que le garantiza un bien, o lo, que es igual, respectivamente la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado* (García Falconí, 2010, pág. 153 y 154)

De lo que se infiere que la sentencia es el instrumento dictado por el órgano jurisdiccional competente que pone fin a una contienda legal; y que en el caso de daño moral, fija la cantidad que le corresponde al agraviado en calidad e indemnización.

Ahora bien, conforme a lo señalado en el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil la sentencia debe decidir sobre los puntos sobre los cuales se trabó la litis, por lo que como se mencionó en párrafos anteriores es necesario formar en el Juez la convicción de que el hecho acusado fue cierto y eso únicamente se logra a través de las pruebas.

Ahora bien centrando la atención en el tema materia de la presente investigación el Dr. Valdéz considera que se debe tomar en cuenta los siguientes puntos: (Valdéz Quiñonez, 2008, pág. 103 a 108)

- a) ***Examen crítico de los hechos que provocaron la acción judicial.-*** El Juez como Administrador de Justicia, tiene en sus manos la decisión de terminar un proceso judicial conforme a Derecho, motivo por el cual debe analizar de manera imparcial y basándose en las reglas de la sana crítica cada una de las pruebas que fueron aportadas por las partes, creando en si la convicción de que el daño se produjo, la forma en que se produjo (dolo o culpa), y la consecuencia dañosa.
- b) ***Aplicación de los hechos de daño moral.-*** Punto que hace referencia lo establecido en el Art, 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República del Ecuador, ya que una vez que el Juez ha realizado el examen crítico de los hechos que provocaron la acción judicial, está en capacidad de aplicar la norma correspondiente, ya sea para establecer la procedencia de la misma y disponer al demandado el pago de lo requerido por el actor; así como la no procedencia de la misma, por no haberse probado conforme a derechos los hechos demandados.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76, numeral 7, literal l, determina:

*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*  
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Al respecto se debe señalar que corresponde al Juez al momento de dictar sentencia, motivarla en virtud de las normas legales y constitucionales e incluso instrumentos internacionales aplicables al caso concreto; considerando que de no hacerlo, sería nulos y le pueden acarrear



responsabilidad en su contra, ya que se trata de violación a las garantías del debido proceso, considerando además que el Juez debe regirse al Principio Dispositivo, el mismo que hace referencia a la imparcialidad que debe investir al Juez como representante del Estado al momento de dictar su sentencia; ya que el mismo no puede ser Juez y parte.

En este sentido como lo menciona el Dr. García Falconí, la motivación de una sentencia debe ser: (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 158 a 160)

- a) **Expresa.-** *El Juez debe hacer referencia a los fundamentos de derecho que asisten su decisión, no basta con que se haga referencia a casos análogos o jurisprudencia, ya que cada caso tiene sus particularidades y merece su análisis propio.*
- b) **Clara.-** *El Juez si bien emplea lenguaje jurídico debe hacerlo más sencillo posible, para que la sentencia pueda ser apreciada por el público en general.*
- c) **Completa.-** *En este punto el Juez debe establecer con precisión los hechos que motivaron la demanda y que una vez analizadas las pruebas ha concluido que ocurrieron de tal manera y que por lo mismo se adecuan a las normas legales vigentes en el ordenamiento jurídico que está aplicando en su sentencia.*
- d) **Legítima.-** *Una motivación legítima cumple con lo establecido en el Art. 76, numeral 4 que hacer referencia a que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; es decir el Juzgador deberá poner mucha atención al momento de valorar las pruebas practicadas por las partes para calificarlas como válidas o no.*
- e) **Lógica.-** *Se dice que la motivación es lógica cuando la misma guarda coherencia con los hechos materia de la Litis.*

## - Partes de una sentencia

Las sentencias por regla general constan de tres partes: la considerativa o motiva, en la cual el Juzgador hace referencias a los hechos que motivaron el litigio así como a los medios de prueba empleados; la dispositiva, en la que el Juez relaciona los hechos probados con las normas de derecho aplicables para el caso concreto; y, finalmente la resolutive; en la cual el Juez de manera motivada expresa su resolución con respecto al caso demandado.

En este sentido conforme lo establecido por el Dr. José Falconí una sentencia básicamente debe contener:

- a) Denominación del órgano jurisdiccional que la emite.
- b) Lugar y fecha de otorgamiento.
- c) Debe cumplir con lo establecido en el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, esto es resolver los puntos sobre los cuales se trabó la Litis.
- d) La parte resolutive debe cumplir con la formalidad establecida en el Art. 138 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala:

*“FORMULA DE LAS SENTENCIAS.- Los jueces y las juezas usarán esta fórmula en las sentencias que expidieren: Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República.”* (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

- e) Finalmente debe constar la firma del Juzgador que la emitió.

## INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

### 2.1.1.1.9. Fijación de la indemnización por daño moral

El inciso final del Art. 2232 del Código Civil, determinar:

*(...)La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la*

determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (lo subrayado me pertenece). (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)

En este sentido se debe aclarar que no existe una fórmula matemática o una tabla a la cual el Juez pueda recurrir al momento de fijar la indemnización por daño moral, y corresponde al Juez fijar la misma en virtud de su prudencia conforme lo manda el texto legal; pero es importante aclarar que la prudencia no es sinónimo de arbitrariedad y corresponde al Juzgador, ser lo más justo posible al momento de establecer un monto.

Al respecto la obra Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la reparación por Daño Moral en el Código Civil ecuatoriano, trae las consideraciones a las que debe atender la indemnización por daño moral en este sentido se tiene:” (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 45)

- a) **Extensión de la lesión física o naturaleza del título invocado por el actor.-** El monto que el Juez determine debe atenerse al daño provocado ya que no se puede equiparar una lesión con una muerte.
- b) **Condición intelectual y social de las partes.-** Lo que hace referencia a que el Juez debe verificar la condición de las partes involucradas en el proceso para no actuar de manera injusta al momento de fijar la indemnización.
- c) **Condición pecuniaria.-** Condición que el Juez debe observar en las partes a fin de determinar una cantidad justa.

El Dr. José García Falconí menciona:

*En todas las legislaciones, es el juez a quien le corresponde regular el llamado PRECIO DEL DOLOR; por eso se debe ser prudente, moderado y discreto y no arbitrario, buscando siempre el equilibrio entre la equidad y el derecho (...)*” (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano, 2004, pág. 44)

En este punto cabe la siguiente interrogante: ¿Qué es la prudencia del Juez?

La Real Academia define como prudencia como: “*1. f. Templanza, cautela, moderación. 2. f. Sensatez, buen juicio.*” (Real Academia, Española, 2001)

Mientras que el Diccionario Jurídico de la Corporación Lexis establece: “*La Prudencia es la virtud de actuar de forma justa, adecuada y con cautela, definida por los Escolásticos como la recta ratio agibilium, para diferenciarla del arte recta ratio factibilium.*” (Diccionario Jurídico , Edición 2014)

De lo que se infiere que la prudencia considerada incluso como uno de los cuatro puntos cardinales del Catecismo Católico es la cautela y rectitud con la cual debe actuar un Juzgador en el presente caso al momento de establecer una indemnización por daño moral, entonces el Juez debe actuar atendiendo a los actos de la prudencia que establece la doctrina católica; esto es: pensar bien, juzgar bien y obrar bien.

Cabe aclarar que si bien la determinación de la indemnización por daño moral queda a la entera discrecionalidad del Juez, esto no significa que se pueda caer en la arbitrariedad, ya que el mismo debe atender a las circunstancias del hecho y a la gravedad del mismo; considerando no solo el momento de la comisión hasta la culminación del proceso legal sino también al daño que puede seguirse generando en el futuro.

El Dr. José García Falconí al citar al tratadista Orgaz señala: “*En el momento del fallo la mirada del Juez debe tenderse hacia atrás y hacia adelante, es decir hacia el pasado para apreciar las sucesivas modificaciones del daño y hacia el futuro para calcular las posibles consecuencias ulteriores*” (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y su forma de cuantificar su reparación, Tercera Edición, 2010, pág. 165)

Por lo que el Juzgador debe atender a ciertas circunstancias que le permitan actuar con prudencia y equidad, estas son:

Las circunstancias en las cuales se produjeron los hechos; es decir si el agresor provocó el daño de manera dolosa o culposa.

La personalidad del lesionado; lo que se refiere al impacto social que pudo provocar el daño moral causado, ya que al ser un personaje de la palestra pública el desprestigio causado puede provocar graves daños psicológicos y sufrimiento al ser rechazado.

La personalidad del autor del daño; es decir, verificar lo que lo impulsó a cometer el daño.

La gravedad del hecho; de lo cual dependerá la cantidad de la indemnización que fijará el Juez.

De lo anotado se desprende que el Juzgador debe actuar con inteligencia, experiencia y sentido común para determinar una indemnización por daño moral; siendo el primero la facultad del juez para saber apreciar lo correcto de lo incorrecto; la segunda que el juzgador conocimiento y habilidad; y el tercero que hace al juzgador capaz de identificar con mayor exactitud lo que es evidente para los demás.

#### **2.1.1.1.10. Reparación del daño moral**

El Art. 1453 del Código Civil establece como fuentes de las obligaciones la consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos y cuasidelitos; de esta manera se tiene que quien ha ocasionado daño a otra persona está obligado a repararlo.

Ahora bien es importante considerar lo manifestado por el Dr. José García Falcón al citar a la Dra. Zoila Beatriz Champalumbo, quien en su Tesis doctoral establece que existen dos teorías sobre la resarcibilidad por daño moral, a saber: (García Falconí, Manual Teórico Práctico en Materia Civil Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y su forma de cuantificar su reparación, Tercera Edición, 2010, pág. 99 y 100)

**Teoría del Resarcimiento.-** La cual en primer lugar tenía como fundamento considerar al daño moral como un género del daño; sin embargo posteriormente se consideró que al no afectar el daño moral a la esfera patrimonial su forma de reparación debía ser de restablecimiento del ámbito psíquico y anímico del afectado.

**Teoría de la sanción ejemplar.-** La Dra. Champalumbo menciona que la reparación del daño moral no se justifica por la víctima de la lesión sino por el lado del agresor, ya que si bien se habla de resarcimiento por el daño causado, lo que de que realmente se trata es de una sanción ejemplar o de una pena civil, por el cual el agente que causó el daño queda obligado a cumplirla.

Se debe destacar que por cuanto el daño moral es de naturaleza subjetiva se vuelve complicada su forma de reparación, al respecto, el Dr. García Falconí menciona que la reparación por daño moral contiene:

*Aspectos que tienen que ver con la plenitud y la dignidad de las personas humanas pues lo ideal es que el perjudicado no resulte más pobre ni más rico de lo que sería sin el hecho dañoso, de este modo la reparación tiene que responder al sentir de las necesidades de las víctimas (García Falconí, 2010)*

Entonces se determina que la reparación por daño moral tiene por finalidad brindar a la víctima una retribución equivalente al daño, que le de la seguridad de que el acto ilícito cometido por el agresor no ha quedado en la impunidad.

Ahora bien se debe destacar que la reparación se da en dos ámbitos:

- a) **Indemnización daños y perjuicios:** En el cual la indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente; lo que resulta fácil para el juzgador por cuanto la cantidad a fijarse se determina en virtud de un cálculo matemático; y,
- b) **Indemnización por daño moral:** El cual comprende el daño moral objetivo y el daño moral subjetivo; considerándose el primero como el tipo de daño que produce consecuencias que si pueden ser valoradas económicamente y el segundo como la afectación a los sentimientos de una persona, motivo por el cual su reparación es más complicada ya que dichos sentimientos no pueden ser medidos monetariamente.

En este sentido es importante manifestar lo referente a la reparación integral como tal involucra al resarcimiento derivado del daño patrimonial así como extrapatrimonial; esto es, que la

persona que sufrido un deterioro en sus sentimientos está facultado a exigir ante los órganos judiciales competentes la restitución de lo afectado; considerando que este tipo de reparación no debe convertirse en un negocio en virtud de indemnizaciones desproporcionadas, ya que como se ha manifestado anteriormente éstas deben tener el carácter de resarcitorio mas no compensatoria.

Ahora bien de lo analizado se tiene que la obligación de reparación nace de un daño; pero surge la interrogante ¿Por qué el daño merece reparación?

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador determina:

*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Entonces se determina que cuando existe la vulneración a un derecho protegido constitucional y legalmente a la par nace otro derecho y a la vez una obligación; es decir nace el derecho del ofendido para acudir ante los órganos judiciales competentes para reclamar lo que en derecho le corresponde y la obligación del causante de reparar el daño causado.

Sin embargo se debe aclarar que no todo daño es sinónimo de reparación, ya que existen ciertos parámetros que determinan su procedencia; así el Dr. José García Falconí establece que el daño debe cumplir con los siguientes requisitos: (García Falconí, 2010, pág. 203)

- a) Relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño.
- b) El daño debe ser cierto y actual.
- c) Debe ser personal del accionante.
- d) El daño debe ser el resultado de un daño jurídicamente considerado.

#### 2.1.1.1.1. Derechos Patrimoniales

Se entiende por derecho patrimonial al conjunto de derechos individuales de carácter económico que de cualquier forma generan cierta utilidad para su titular, por lo que al causarse una afección a este tipo de derechos se afecta directamente a su patrimonio. En este punto es importante definir el término patrimonio, así para los romanos este se considera como el conjunto de bienes, créditos, derechos y acciones de una persona en combinación con las cargas que sobre ellos recaigan; por lo que se debe entender que patrimonio es el conjunto de activos y pasivos que tiene una persona, es el conjunto ideal, que está integrado por derechos y obligaciones.

Al respecto el Dr. Abarca Galeas establece:

*Subjetivamente considerados los derechos patrimoniales constituyen bienes incorporales y pueden ser reales o personales (Arts. 583 y 594 C.C). Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas persona que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, ha contraído las obligaciones correlativas (Abarca Galeas, 2013, pág. 11)*

Ahora bien, de acuerdo a la definición dada por el Dr. Abarca, se tiene que los derechos patrimoniales se dividen en derechos personales y derechos reales.

- **Derechos Reales.**- *Los derechos reales se refieren al vínculo existente entre la persona y la cosa, así el Art. 595 del Código Civil determina:*

*Art. 595.- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. (Código Civil, Libro II- Codificación No. 10, 2005)*

De lo que se infiere que junto al derecho real va aparejado una acción real, entonces es importante definir los siguientes términos: acción y real, así el Dr. Luis Veintimilla en sus clases



impartidas mencionaba que Real proviene del término *res*, lo que significa cosa y que acción es el derecho en movimiento. Es la facultad que tenemos para recurrir ante los jueces exigiendo el reconocimiento de un “*Derecho*” que nos está siendo desconocido. Acción es la protección de un derecho, puesto que si alguien dice que tiene un derecho pero carece de acción para reclamarlo en el caso de que una persona se lo desconozca realmente no tiene derecho alguno, de lo que se concluye que los derechos reales son Derechos “*Absolutos*” ya que se los puede hacer valer ante cualquier persona que trate de desconocerlos, como se diría en latín, son derechos *ERGA OMNES*, es decir frente a todos.

El Art. 595 del Código Civil antes citado determina cuales son los derechos reales, así se tiene los siguientes:

- a) **Derecho de Dominio.**- El Art. 599 del Código Civil lo define de la siguiente manera:

*Art. 599.- El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad. (Código Civil, Libro II- Codificación No. 10, 2005)*

Es decir el dominio es el derecho que tiene la persona sobre una cosa para disponer de ella conforme su necesidad, el Art. 603 del mismo cuerpo legal trae los modos de adquisición del dominio, esto son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

- b) **Derecho de Hipoteca.**- El Art. 2309 del Código Civil establece: “*Art. 2309.- Hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*” (Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005).

Entonces se entiende que el derecho de hipoteca es el gravamen que soporta un bien raíz en respaldo de una obligación propia o ajena, es una garantía real porque lo hace con cosas. Intervienen el acreedor hipotecario y el deudor hipotecario, es importante mencionar que se puede establecer más de una hipoteca, siempre y cuando el valor del bien lo permita. Un requisito *sine qua non* al momento de constituir una hipoteca que puede ser 1ra. 2da. 3ra. o más

hipotecas es que la preferencia de pago se da por las fechas de Inscripción en el registro de la Propiedad de dicha hipoteca, pues en caso de no pago y remate del bien inmueble primero cobrará el que posee la 1ra. Hipoteca y así en secuencia hasta el monto que dé el remate.

- c) **Derecho de Prenda.-** El Art. 2286 determina: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”. (Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005)

El derecho de prenda se configura en virtud del contrato de prenda, entonces se entiende que el primero es el gravamen que soporta un bien mueble en respaldo de una obligación propia o ajena, prenda es sinónimo de empeño; las partes que intervienen son el Acreedor Prendario y deudor Prendario, la prenda es un derecho real que se lo puede hacer valer ante cualquier persona que intente desconocerlo.

- d) **El Derecho de Uso o Habitación.-** El Art. 825 del Código Civil, establece: “El derecho de uso es un derecho real (o sea absoluto) que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.” (Código Civil, Libro II- Codificación No. 10, 2005).

De lo que se infiere que el derecho de Uso y habitación es un Derecho real, considerando que el derecho de habitación es el que se puede dar en forma temporal o vitalicia mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad a otra persona que lo puede necesitar, mientras que el derecho de uso es de carácter limitado, goce limitado, para satisfacer lo esencial de las necesidades del usuario o el que habita y no más.

- e) **Derecho de Usufructo.-** Al respecto el Art. 778, determina:

*El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible. (Código Civil Libro IV- Codificación No. 10, 2005)*

De lo que se tiene que el derecho de usufructo como derecho real es el que se constituye en favor de una persona para que pueda gozar de una cosa, con la condición de conservar su forma y sustancia.

f) **Derecho de Servidumbres Activas.** – Al respecto los Arts. 859 y 860 del Código Civil determinan: “**Art. 859.-** Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.; “**Art. 860.-** Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, pasiva”. (Código Civil, Libro II- Codificación No. 10, 2005)

El derecho de servidumbre se constituye en favor de una persona cuyo predio no tiene un camino de acceso.

g) **Derecho de Herencia.** - El derecho de herencia nace cuando fallece el “causante” y fenece o termina cuando se adjudican los bienes y se convierte en Propiedad, es diferente al derecho de suceder que es un derecho que tienen los hijos mientras viven sus padres. Los herederos pueden hacer valer sus derechos frente a otros mediante la Acción de Petición de Herencia.

- **Derechos Personales.-** Los derechos personales son considerados también como derechos de crédito, a diferencia de los derechos reales solo se los puede reclamar a quienes han contraído una obligación. Al respecto el Art. 596 del Código Civil determina:

*Art. 596.- Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.* (Código Civil, Libro II- Codificación No. 10, 2005)

En los derechos reales se puede identificar a tres elementos:

a) **Acreeedor.-** El diccionario jurídico de la Corporación Esilec Profesional determina:

*El que tiene acción o derecho para pedir alguna cosa, especialmente el pago de una deuda, o exigir el cumplimiento de alguna obligación. Cabe decir también, la persona con*

*facultad sobre otra para exigirle que entregue una cosa, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto. El acreedor es el sujeto activo, que puede requerir el cumplimiento de la obligación de su deudor, el sujeto pasivo de la relación jurídica de carácter personal.* (Diccionario Jurídico , Edición 2014)

Entonces se infiere que el acreedor como sujeto activo de la relación jurídica, está facultado a exigir del deudor el cumplimiento de la obligación contraída ya sea por un hecho voluntario del deudor o por mandato de la ley.

b) **Deudor.-** La mis herramienta jurídica manifiesta:

*El deudor es aquella persona natural o jurídica que tiene la obligación de satisfacer una cuenta por pagar contraída a una parte acreedora; partimos de que el origen de la deuda es de carácter voluntario, es decir, que el deudor decidió libremente comprometerse al pago de dicha obligación* (Diccionario Jurídico , Edición 2014)

El deudor es la persona que asume la obligación y que por lo mismo está comprometido a la satisfacción de la misma al acreedor.

c) **Cosa.-** Objeto sobre el cual recae la obligación.

#### **2.1.1.1.12. Derechos Extrapatrimoniales**

El Dr. Abarca, define a los derechos extrapatrimoniales de la siguiente manera:

*Son todos los bienes jurídicos carentes de contenido económico, como los derechos de la personalidad y de la familia propiamente tales. Entre los primeros tenemos el derecho a la vida, a la libertad, al nombre, a la privacidad, a la integridad física y moral, etc.; en tanto que, entre los segundos, se encuentra el derecho a la maternidad, el derecho a paternidad, el derecho a la filiación, etc.* (Abarca Galeas, 2013, pág. 12)

De lo anotado se puede decir que los derechos extrapatrimoniales son aquellos que no contienen una inmediata utilidad económica, y por consiguiente no son valorables en dinero, es decir son invalorable y conforme las clases dictadas por el Dr. Luis Veintimilla al referirse a este tema, nacen de dos fuentes:

De la consideración del ser humano, en sí mismos, esto es, por la dignidad de serlo, así por ejemplo el Derecho a Vivir, conservar la integridad física, pensar libremente, a la honra, etc. Estos derechos son absolutos porque se los puede hacer valer ante cualquier persona que trate de desconocerlos. Son llamados también “*Derechos Personalísimos*” y actualmente Derechos humanos.

Sus características son que nacen y mueren con la persona, son inalienables, intransferibles e imprescriptibles. Estos derechos invalorable cuando son quebrantados pueden dar origen a derechos patrimoniales.

Del lugar que la persona ocupa dentro de la familia, llamados derechos extra patrimoniales de familia, así por ejemplo, derecho al Apellido, a la protección de los padres, derecho a la alimentación.

Ahora bien, de lo expuesto se infiere que los derechos extrapatrimoniales son de naturaleza subjetiva, motivo por el cual su valoración económica no es procedente, se encuentra fuera de la esfera comercial; por ello se denominan personalísimos; es decir nacen y mueren con la persona. Sin embargo se debe considerar que la vulneración de un derecho extrapatrimonial tiene dos tipos de afectaciones; la primera de manera indirecta puede incidir en el patrimonio de la persona, mientras que la segunda se refiere a la afectación moral, lo que como se ha dicho no es susceptible de valoración económica.

Como se puede apreciar no existe una determinación taxativa de los derechos extrapatrimoniales como es el caso de los patrimoniales, en este caso es necesario destacar que dentro de este tipo de derechos se encuentra el denominado Daño Moral, materia del presente trabajo investigativo; y, que conforme se ha manifestado al inicio de este capítulo se refiere al agravio que recibe una persona en sus sentimientos, causándole daños emocionales, psíquicos; al respecto el Dr. Abarca menciona:

*Por Daño Moral se entiende toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extrapatrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho extrapatrimonial de que se trate.* (Abarca Galeas, 2013, pág. 13)

Conforme se ha mencionado a lo largo de esta investigación, si bien el daño moral por atentar contra un derecho extrapatrimonial no es susceptible de valoración económica, es importante resaltar que no se puede dar una valoración matemática exacta, pero no quita el derecho al agraviado de ejercer su acción ante los órganos judiciales competentes a fin de lograr la reparación pecuniaria del daño que en este caso resulta ser equivalente, ya que es el Juez quien con su prudencia determina el valor que le corresponde al ofendido.

#### **2.1.1.1.13. Obligación de reparar el daño moral**

Conforme se ha manifestado en párrafos anteriores quien ha inferido un daño a otra persona, causándole sufrimiento está obligado a retribuirlo lo que en Derecho le corresponde; pero al respecto surge la siguiente interrogante: ¿por qué la obligación de reparar un daño moral?

Es importante destacar que tanto los derechos patrimoniales como los derechos extrapatrimoniales se encuentran protegidos tanto por el ordenamiento Constitucional como legal; ahora bien en lo que se refiere exclusivamente al ámbito extrapatrimonial el Dr. Abarca en su obra el Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo, establece que existen 3 tipos de protección, a saber los siguientes: (Abarca Galeas, 2013, pág. 17 a la 23)

##### **a) Protección constitucional de los derechos extrapatrimoniales**

Al respecto el análisis del tratadista en mención (Abarca, Edición 2013) hace referencia al desarrollo histórico social, político y cultural que opera a nivel mundial a raíz de la Revolución Francesa, época a partir de la cual se da a los valores morales la calidad de derechos o garantías constitucionales, entonces siendo el Ecuador un país democrático ha incluido en los diferentes cuerpos constitucionales normativa tendiente a la protección de estos derechos extrapatrimoniales, así por ejemplo la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 3

establece que entre los deberes primordiales del Estado se encuentra: “1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es obligación del Estado brindar a sus habitantes la seguridad jurídica que les corresponde por vivir en Estado democrático de justicia y derechos.

Entonces si estos derechos extrapatrimoniales se encuentran protegidos por el ordenamiento constitucional, no cabe dudar que exista la obligación de reparación del daño moral, por parte del agresor, considerando que de no hacerlo estaría actuando en contra del ordenamiento constitucional consolidado.

#### **b) Protección legal de los Derechos Extrapatrimoniales**

Siguiendo la línea analítica del Dr. Abarca, se tiene que al partir la protección de los derechos extrapatrimoniales desde la Constitución, norma imperante del régimen democrático, es inminente la protección legal, ya que las leyes se encuentran supeditadas a la Carta Constitucional; así tenemos dos formas de protección legal:

- **Protección Penal.-** Como se ha mencionado a lo largo de esta investigación los daños morales pueden derivarse de un delito, el cual se configura en virtud de la violación de un bien jurídicamente protegido; entonces se debe destacar que si bien el Código Penal así como el próximo Código Integral Penal no establecen normas que precisen una protección única de los derechos extrapatrimoniales si existen normas que castigan el delito por el cual se causó el daño moral o la afectación a dichos derechos; por lo que existe un castigo para el infractor, lo que en materia penal se conoce como pena.

Así el propio Art. 2232 del Código Civil en su inciso segundo establece lo siguiente:

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen*

*lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamiento injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. (Código Civil Libro IV- Códificación No. 10, 2005)*

Entonces queda establecido que aunque la norma penal no enfoque directamente la protección de los derechos extrapatrimoniales, la protección a los patrimoniales lleva asociado dicha protección.

- **Protección Civil.-** Al respecto el Dr. Abarca manifiesta:

*La protección jurídica civil de los derechos extrapatrimoniales es amplísima, porque donde quiera y como quiera, en cualquier esfera de las relaciones sociales, una persona con su actividad transgrede el ordenamiento positivo desconociendo o vulnerando uno o más derechos extrapatrimoniales de otro y como consecuencia causándole perjuicio moral, se contempla su reparación pecuniaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil (Abarca Galeas, 2013, pág. 21)*

De lo que se infiere que la protección civil se refiere a las indemnizaciones a las cuales tiene derecho una persona a la cual se le ha causado algún sufrimiento, quien está en la capacidad de reclamar la reparación de dicho daño ante el órgano jurisdiccional competente.

De lo analizado se desprende que tanto la Constitución como la Ley ya sea civil o penal contemplan protección de los derechos extrapatrimoniales, por lo que no existe impedimento para que la persona agraviada pueda ejercer su derecho y obligar al agresor a reparar el daño.

#### **2.1.1.1.14. Estudio del actual sistema de fijación de indemnizaciones por daño moral**

Para abordar el sistema de fijación de indemnizaciones por daño moral es importante revisar en virtud a que consideración en 1984 se dictó una Ley que incluía el daño moral en la legislación civil ecuatoriana, así dicha Ley No. 171 se basó en los siguientes puntos:



- a) *Hasta esa fecha las indemnizaciones únicamente se referían a los daños materiales que se provocaban a una persona; es decir solo había protección de los derechos patrimoniales.*
- b) *Que para esa fecha existían graves violaciones a los derechos extrapatrimoniales de las personas, sin que exista posibilidad de reparación de tales daños por no existir norma legal que los ampare.*
- c) *Que al existir ese vacío legal, era necesario dictar una norma que proteja los derechos extrapatrimoniales.*

Al respecto el Dr. Abarca menciona:

*Con anterioridad a la vigencia de la Ley reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, que se publicó en el Registro Oficial No.779, de fecha de 4 de julio de 1984, en nuestro país no existía la posibilidad de obtener la reparación pecuniaria de los daños meramente morales que se ocasionaban en las diversas esferas de las relaciones sociales, aunque nuestro Código Civil siempre contempló su reparación pecuniaria en materia extracontractual, esta reparación no pudo llevarse a la práctica, porque no se contempló un sistema o reglas que permitan calcular el monto de la indemnización(...)*  
(Abarca Galeas, 2013, pág. 15)

En este sentido cabe aclarar que si bien las indemnizaciones han estado presentes desde la vigencia del Código Civil, lo nuevo se introduce en virtud de que al legislar sobre la protección de los derechos extrapatrimoniales se vuelve difícil establecer matemáticamente una cantidad que corresponda al daño causado, ya que como se ha mencionado en contadas ocasiones la moral no es susceptible de valoración económica.

Ahora bien conforme se ha mencionado la forma de calcular la indemnización por daño moral desde la publicación de la Ley No. 171 ha quedado a prudencia del Juez, lo que en ciertos casos ha dado paso a ciertas irregularidades que ha hecho que las personas ofendidas se sientan decepcionadas de la administración de justicia y que por ende desistan de entablar las respectivas acciones por daño moral; al respecto el Dr. José García Falconí menciona:

*De tal manera que, el Juez debe fijarlo, ajustando a la prudencia y equidad, esto es de manera razonable y equitativa el monto de la indemnización por daño moral, apreciando en forma prudente todos los datos legalmente concurrentes sobre el carácter y extensión del daño, con arreglo al mérito probatorio aceptable que arroja el proceso, acerca del hecho mismo sus consecuencias en la víctima y las circunstancias personales de éstas sin perjuicio naturalmente de establecer además una justa compensación por el desvalor de la moneda hasta que se verifique el pago de la suma a pagarse, o sea que el monto de la indemnización que se pida no debe constituir una fuente de enriquecimiento sino de reparación (García Falconí, 2010, pág. 237)*

Es decir, conforme lo menciona el Dr. García Falconí las acciones por daño moral no deben perseguir el enriquecimiento del afectado ni el empobrecimiento del agresor, ya que lo que se buscó desde la publicación de la Ley No, 171 fue dar relevancia a los derechos extrapatrimoniales, por lo que cuando se violan los mismos se busca darles el mismo tratamiento que los patrimoniales; y que por no existir cálculo matemático, corresponde al Juez de manera justa y aplicando lo que en Derecho corresponde fijar una indemnización razonable; ya que la misma tiene el carácter de resarcitoria.

Como se ha analizado desde la publicación de la Ley No, 171 no ha variado la forma de fijación de las indemnizaciones por daño moral; motivo por el cual esta investigación en el capítulo correspondiente a la propuesta se explicará los parámetros que se pueden incluir en la norma civil para evitar las inequidades al momento de fijar la indemnización por parte del Juez.

#### **2.1.1.1.15. Principio de Proporcionalidad**

La Constitución de la República en su Art. 76 al referirse a las garantías del debido proceso establece en su numeral 6 lo siguiente: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir, se habla de que las sanciones de cualquier naturaleza deben ser dictadas de manera equitativa al ilícito, no se puede caer en exageraciones al momento de establecer una sanción.

El principio de proporcionalidad hace referencia al límite que debe observar el juzgador al

momento de dictar su sentencia, ya que no puede exceder de lo que la ley establece como sanción para determinado acto antijurídico; al respecto el Dr. Edwin Román Cañizares explica lo siguiente:

*Es un procedimiento relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable, que tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio- fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo(...)*  
(<http://www.derechoecuador.com>, 2005)

De lo que se infiere que el principio de proporcionalidad se enfoca en limitar el poder del que se encuentran investidos los juzgadores al momento de dictar una sentencia; sin embargo la cita en mención únicamente hace referencia al principio de proporcionalidad en materia penal, por cuanto a través del mismo se intenta limitar el IUS PUNIENDI, expresado en las decisiones judiciales frente a un delito. Entonces ¿por qué hablar del principio de proporcionalidad dentro del daño moral?

Para responder esta interrogante es importante conocer que el principio de proporcionalidad puede ser utilitario y comparativo, como lo manifiesta Jorge W. Peyrano:

*La proporcionalidad utilitaria puede ser usada en dos supuestos: a) frente a un pedido del justiciable proponiendo una vía (vgr. amparo) para conseguir una finalidad (derecho a la salud) el órgano jurisdiccional podría entender que no es el camino más llano y expedito para obtener lo perseguido, y por ello procede a reconducir a la postulación formulada eligiendo otra vía (medida autosatisfactiva, por ejemplo); b) dictada una resolución, se la enjuicia por venir a violar la finalidad instrumental que el ordenamiento le asigna a la institución jurídica comprometida en el caso. Tal sería la hipótesis de la medida cautelar que podría llegar a ser extorsiva decretada favorablemente, de la que diéramos noticia ut supra. La proporcionalidad comparativa, en cambio, es empleada como argumento central para dirimir causas en las que se encuentran en tensión derechos o valores con intensidades distintas; y también, claro está, proporciona letra para cuestionar resoluciones a las que se le imputa haber perpetrado un juicio de proporcionalidad*

*comparativa erróneo.* (Peyrano, sf)

La cita antes expuesta hace mención a la naturaleza del principio de proporcionalidad, ya que no solo es aplicable en materia penal, sino que al existir una clasificación del mismo se tiene que en materia civil se habla de la proporcionalidad utilitaria, mediante la cual el administrador de justicia debe actuar buscando la solución justa y legal que se adecúe al caso propuesto.

Ahora bien se establece la relación de este principio con el daño moral por cuanto al no existir una fórmula matemática para establecerlas indemnizaciones por afectaciones a derechos extrapatrimoniales es necesario que el juzgador aplique este principio para no caer en sumas irrisorias o al contrario en cantidades desmedidas que convierten a este tipo de acciones en una suerte de negocios para quien los reclama.

#### **2.1.1.1.16. Análisis De Sentencia Por Daño Moral**

**Caso No. 265-2011/Juzgado 5to de lo Civil de Pichincha**

**Actor:** Eco. Rafael Correa Delgado Presidente Constitucional de la República.

**Demandados:** Juan Carlos Calderón y Christian Zurita/Autores del Libro “*El Gran Hermano*”

#### **Extracto de la Sentencia:**

*De otro lado, en nuestro sistema jurídico queda a prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual significa que lo hará aplicando las reglas de la sana crítica, y a su vez conduce a que estime que el monto máximo de la pretensión del actor, de la cual no puede exceder, es la que ha fijado en su demanda. Si la demanda es oscura, en cuanto a la determinación del máximo de la pretensión del actor, el juez la ha de interpretar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo presente el papel que desempeña la fijación de la cuantía en nuestro ordenamiento Jurídico.- En definitiva, en los casos de demandas de reparación de daño moral, el actor ha de fijar el monto máximo de su pretensión , y será la suma por él señalada la que determine el monto máximo o “techo de su pretensión” , sin que el juzgador pueda excederla en su resolución admisorio de la*

*pretensión, sin embargo una vez que ha quedado consolidado su derecho para ser indemnizado, por la afrenta irrogada, por el hecho de habersele perjudicado, en su honra, dignidad, buen nombre, prestigio profesional dentro del país y fuera del el en la forma descrita en líneas anteriores, así como tener que defenderse por los hechos publicados en la obra “El Gran Hermano”; obligado a emprender en diferentes gastos, honorarios profesionales, y afectar su legítima vida de su hogar, en su entorno familiar; a nivel nacional e internacional, y las demás repercusiones de carácter personal y social, que evidencian en la especie, nada más claro, la mancha a la reputación y el buen nombre del actor, resultando esto en un acto de desprestigio deshonor y humillación, un Daño Moral causado al actor de la presente causa por los demandados; del estudio metódico del expediente se encuentran presentes los presupuestos para que esta acción tenga cabida, como la causalidad, antijuricidad e imputabilidad.- En atención a todo lo anteriormente expuesto, y en aplicación de las reglas de la sana crítica y de la apreciación en conjunto de la prueba aportada por las partes litigantes; Por estas consideraciones expuestas y fundamentada en lo que disponen los artículos 2232, inciso tercero; 2233; y 2234 de Código Civil; 18, 40 del Código Judicial; 169, 76.1.4 de la Constitución de la República, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, desechándose las excepciones de los demandados y establecida la inexistencia de reconvenición, se declara con lugar la demanda propuesta por el señor economista Rafael Vicente Correa Delgado en contra de los señores Juan Carlos Calderón Vivanco y Christian Zurita Ron, disponiéndose como Resarcimiento o Indemnización, a título de reparación del Daño Moral causado al actor y al pago de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norte América que cada demandado pague al demandante. (elcomercio.com, 2012)*

### **Análisis:**

La acción por daño moral presentada por el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador tiene su fundamento en la afectación a la honra por parte de los demandados en virtud de la publicación de la Obra “*El Gran Hermano*”, por cuanto en el mismo se menciona de actos de corrupción supuestamente cometidos por el Actor. Una vez analizadas las pruebas aportadas las Jueza resuelve dar paso a la demanda interpuesta, fijando la cantidad de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, para cada uno de los demandados.

Ahora bien el punto que merece el análisis propuesto tiene relación con la forma en que la que se fija la indemnización por el daño moral causado; por cuanto la misma, centra su motivación

en el límite jurisprudencial de que no se puede exceder del monto pretendido por el actor en su demanda; considerando como punto fundamental lo establecido en el Art. 2232 del Código Civil que deja a prudencia del Juzgador el establecimiento del monto de la indemnización.

En este sentido es importante mencionar que no se debe confundir esa prudencia con arbitrariedad, como lo manifiesta el Dr. Santiago Guarderas Izquierdo, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica:

*Aunque la Jueza reconoció que “en nuestro sistema jurídico queda a prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual dice, lo hará [el juez] aplicando las reglas de la sana crítica” (considerando décimo quinto, pág. 25), confunde sana crítica con arbitrariedad y no explica las razones por las que, en este caso, condena a los demandados a pagar la cantidad total de dos millones de dólares (Guarderas Izquierdo, 2012-2013, pág. 182 y 183)*

De lo anotado se desprende que si bien, en la sentencia se hace mención a que la prudencia debe ser aplicada en virtud de las reglas de la sana crítica, no se hace mayor análisis de los parámetros que sirvieron de base para la decisión tomada, por lo que se cae en arbitrariedad; en tal sentido si bien dentro del proceso judicial se comprueba el daño moral causado y corresponde a los demandados cumplir con la obligación de reparar el mismo, no es menos cierto que la cantidad establecida en la sentencia materia del presente análisis resulta exorbitante, considerando además que se fija una indemnización individual cuando lo procedente es que se utilice la figura de responsabilidad solidaria en su calidad de coautores.

Es importante aclarar que el presente análisis no constituye algún tipo de criterio en contra de la sentencia dictada, sino más bien una forma de resaltar el vacío en la legislación civil ecuatoriana con respecto a la forma de cuantificación de las indemnizaciones por daño moral.

#### **Caso No. 1351-2011**

**Actores:** Arq. Hugo René Patricio Valencia

**Demandados:** Gerente General y Representante Legal de la Compañía de Seguros

“Cóndor S.A”

## Extracto de la Sentencia:

*La gravedad de la falta en la que incurre la compañía demandada, se configura en el hecho de haber recibido, presentado para el cobro y obtenido el protesto de un cheque que no contenía una orden de pago a la vista, y haber utilizado a los órganos de administración de justicia contra todo fundamento ético, para incoar un proceso penal y obtener la prisión de quien aparecía como girador; con el sólo propósito económico de ejecutar de forma inmediata una contra garantía a una póliza de seguros, acción que la dedujo sin reparar en los derechos fundamentales de su cliente. La indemnización por el daño moral irrogado resulta necesaria y justa al haberse violentado derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, y su cuantificación por disposición legal se ha confiado a la prudencia del juez, sin que en nuestra legislación y precedentes jurisprudenciales se hayan establecido montos referenciales, ni fórmulas que permitan liquidarlos, sin embargo, este Tribunal considera que para fijar el monto de la indemnización debe tener en cuenta el hecho de que el demandante arquitecto de profesión y docente universitario sufrió la privación de la libertad por el lapso de setenta y dos días, y que debe repararse aquello fijando como indemnización la suma de un mil quinientos dólares diarios por cada uno de los setenta y dos días que permaneció privado de la libertad". (lo subrayado me pertenece)* (Sentencia , 2013)

## Análisis

La Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia al fundamentar su decisión de casar la sentencia elevada a su conocimiento realiza un ligero análisis de la forma de cuantificación de daño moral, aclarando que hasta el momento no existe ninguna norma o precedente jurisprudencial que establezca montos referenciales o fórmulas matemáticas para la fijación de la cantidad que le corresponde al ofendido.

De esta manera si bien quedó demostrado el daño moral, no es menos cierto que el vacío legal existente no permite al juzgador fijar una cantidad acorde al daño causado, ya que siempre existirá la inconformidad del actor al considerar menor la cantidad fijada y del demandado al considerar elevado el monto establecido.

En el presente caso la suma de la indemnización se fija en virtud de cada día que el actor fue privado de su libertad injustamente, de esta manera se determina que la indemnización no repara el daño provocado pero a través de la suma monetaria se intenta compensarlo.

Ahora bien, es importante recalcar que si bien la decisión tomada por los Jueces de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia no centra mayor análisis se apega el principio de proporcionalidad ya que no fija una cantidad desmedida, considerando que la acción fue planteada en contra de una persona jurídica con la solidez suficiente para responder por el daño causado.

## **2.2. Fundamentación Legal**

El Daño Moral así como su respectiva acción se encuentra contemplada desde la esfera constitucional, así la Constitución de la República establece lo siguiente:

### **2.2.1. Constitución de la República del Ecuador**

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)*  
*3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*

## **Capítulo sexto**

### **Derechos de libertad**

*“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*

*3. El derecho a la integridad personal, que incluye:*



*a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...)*

*18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”.*

*Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

*Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*

La Constitución de la República del Ecuador es considerada una de las más garantistas en el mundo entero, por cuanto sus normas implican una amplia gama de derechos y garantías para los ciudadanos; en este marco se establece la protección a la integridad personal, entendiéndose por tal que nadie puede atentar contra otra persona tanto en su integridad física como a sus sentimientos; ya que de hacerlo están obligados a su reparación.

Es importante mencionar que las garantías establecidas en la Constitución incluyen las inherentes al debido proceso y a la seguridad jurídica, lo que respalda la propuesta del establecimiento de parámetros objetivos que permitan unificar los criterios de los jueces al momento de fijar una indemnización por daño moral.

## **2.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

### **2.2.2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Este instrumento internacional establece lo siguiente:

*Art. 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

*Art. 29.- 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

### **2.2.2.2. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

*“Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.*

### **2.2.2.3. CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS “PACTO SAN JOSÉ DE COSTA RICA”**

*“Art. 5.- Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*

*Art. 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al*

*respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. (...)2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

Conforme se desprende de las normas citadas, existen instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, que establecen la protección a la integridad personal, motivo por el cual se encuentra plenamente justificada la acción por daño moral, ya que ninguna persona puede dañar a otra sin recibir sanción alguna; sin embargo de lo analizado también se desprende que estos instrumentos internacionales tampoco establecen una forma de cuantificación justa de las indemnizaciones por daño moral.

### **2.2.3. LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

#### **2.2.3.1. CÓDIGO CIVIL**

*Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*

*Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.*

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la*

*determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.*

*Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código.*

*Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.*

*Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.*

*Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.*

En este punto es importante precisar que no siempre la norma adjetiva civil contempló la acción por daño moral, por cuanto hasta antes de 1984, fecha en la cual se dictó la Ley 171, no cabía la posibilidad de demandar en caso de agravio moral; ahora bien este conjunto de normas, también hacen referencia al sistema de fijación de indemnizaciones por este tipo de daño; considerando que la misma debe basarse en la gravedad y la naturaleza del daño causado por el agente ofensor; lo que conforme se ha desarrollado en el presente trabajo investigativo no puede ser la única base para fijar un monto.

#### **2.2.4. JURISPRUDENCIA**

- **Indemnización de Daño Moral por glosa de Contraloría/ Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1353. (Quito, 31 de enero de 2007)**

*OCTAVO: Las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos, de los cuales extractamos el siguiente, se han pronunciado en relación al daño moral: "... CUARTO.- La doctrina, jurisprudencia y la ley, coinciden en distinguir entre el daño material y el daño moral, que aunque no trasciende a la esfera patrimonial o econó-*

mica, sin embargo debe, como el patrimonial, ser indemnizado por el agente que lo causó. Distinguiéndose entre patrimonio material y patrimonio espiritual de las personas, señalado por varios autores, así Savatier, entiende por daño moral todo sufrimiento humano no resultante de una pérdida pecuniaria, y Alessandri Rodríguez, como que es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio; y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico ... 5.1.- El daño moral o extrapatrimonial tiene sustantividad propia e independencia absoluta del daño material o patrimonial, aunque sus indemnizaciones sean acumulables. Los daños morales reconocen fuentes, fundamentos, prueba, valoraciones, etc., totalmente diferentes o distintas de los daños patrimoniales, por lo que no puede exigirse una prueba de carácter directo respecto de los mismos por ser de naturaleza distinta, facultando al juzgador a determinar prudencialmente el monto de los daños, pero sin que se excluya a los otros medios probatorios que consagra la legislación, criterio recogido en el inciso primero del primer artículo innumerado del artículo 2 de la Ley de Reparaciones de Daños Morales, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 (exp. No. 74-2000, Segunda Sala, R.O. 66, 27-IV-2000)". El tratadista Ramón Daniel Pizarro, expresa: b) Doctrina del resarcimiento del daño moral. La tendencia dominante en el Derecho moderno admite el carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización del daño moral. Participamos decididamente de esta concepción, que brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preconceptos y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil. Decimos que se propone una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado. Esto importa, en otras palabras, edificar el sistema en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio, provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas y más aún en determinados supuestos de excepción, de actos lícitos... La tesis resarcitoria supera múltiples insuficiencias, errores y preconceptos que dan pretendido sustento a la doctrina de la sanción ejemplar, en cualquiera de sus formulaciones: 1.- Distingue con precisión la diferente función que cumple el dinero en los casos de reparación del daño patrimonial y moral. Como ya hemos dicho, en aquel supuesto asume un rol de equivalencia que permite, con mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial preexistente, alterado por el menoscabo. El daño se determina, liquida y resarce sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección del ya mencionado desequilibrio. En cambio, en materia de daño moral, la situación es distinta pues el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima. No se trata de prostituir el dolor, poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos excelsos por dicha vía, sino de brindar, desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación" (Daño Moral, Depalma Editor, Buenos Aires, 1996, pp. 105-108). Este criterio doctrinal refuerza lo expresado por el Tribunal ad quem en su sentencia...". (Sentencia por daño moral, 2007, pág. 1353) (lo subrayado me pertenece).

La sentencia emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, denota el carácter subjetivo de la acción por daño moral, exaltando que el daño en general debe ser medido en base a parámetros objetivos, motivo por el cual se encuentra incluso sustento jurisprudencial a la propuesta que se expondrá en capítulos siguientes.

Cabe considerar nuevamente que esta subjetividad a la que se hace referencia en la sentencia revisada contribuye a la posibilidad de casos de corrupción entre Juzgadores, ya que su sola prudencia es legal pero no justa.

- **DAÑO MORAL. Expediente 119, Registro Oficial 38, 1 de Octubre del 2009. No. 119-2008/Juicio ordinario No. 108-2007, que por daño moral, sigue Pedro Gabriel Haz Alvarado contra Narcisa Sotomayor Hallo, en su calidad de representante legal de Chemlok del Ecuador S. A.C**

*Por su parte, esta Sala, en diversos fallos de casación como los publicados en los R. O. 108 y 140, del 28-VI- 2000 y 14 -VII- 2000 ha expresado: "La distinción entre el valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extramatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero, y por lo tanto, carecen de valor pecuniario, es decir de un bien patrimonial, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto..." La acción por daños morales está vigente en el Ecuador desde el 4 de julio de 1984, en que fue publicada, en el Registro Oficial No. 779, la Ley No. 171, cuyas normas se encuentran incorporadas en los actuales artículos 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil. Al respecto, el Art. 2232 del Código citado expresa: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrán también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro, o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados; y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes...". Del texto de la ley, aparece con claridad meridiana que la acción por daños morales es independiente de los resultados de las ac-*

*ciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, ya sea de los sobreseimientos definitivos o de las sentencias absolutorias o condenatorias, y en este último caso, inclusive de las dictadas en querellas por injurias calumniosas o no calumniosas. Obsérvese que la ley con claridad expresa que "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito" hay la obligación de reparación, lo que significa que es independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia de las denuncias o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas. Así lo tiene resuelto esta Sala en varios fallos de casación y entre ellos el publicado en el R. O. No. 958, del 3 de junio de 1996, en cuyo considerando cuarto se expresa "Conforme ha declarado esta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría requerido expresamente". 3ro.. Entre los derechos extrapatrimoniales constan los derechos de la personalidad que son los inherentes a la persona, y son los que nacen con esta y son absolutos, porque pueden ejercerse contra todos- ergo omnes- e inseparables del individuo. El Tratadista Antonio Vodanovich H, en su "Curso de Derecho Civil" nos enseña: "Derechos extrapatrimoniales. a) Derechos de la personalidad. Para estudiar estos derechos con la debida claridad y precisión, es menester considerar al individuo en dos situaciones: 1. Como individuo aislado o en sí mismo, y, 2. Como miembro de una familia. 1. Derechos del individuo considerado en sí mismo. Pueden agruparse estos derechos en dos categorías: a) Los que conciernen a la individualidad física, y, b) Los que conciernen a la individualidad moral. Los primeros tienen por objeto, primero, asegurar nuestra propia existencia (la vida), y, en seguida, la integridad corporal, la salud, la actividad física. Los derechos que atañen a la individualidad moral del hombre tiene por objeto el honor en sus diversas manifestaciones, y comprenden también el derecho al nombre y la actividad intelectual". (Sentencia de Daño Moral, 2007)*

Al respecto la presente cita hace referencia a la independencia de la acción por daño moral, ya que conforme se desprende de lo estudiando en párrafos anteriores este tipo de acción no tiene prejudicialidad, es suficiente la materialización del hecho mismo que lo provoca, no depende de una sentencia en otro ámbito para que pueda ser ejercida; lo que de cierto modo resulta ilógico, ya que específicamente en el daño moral derivado de un delito, existe la posibilidad de que como producto de la acción penal se ratifique la inocencia del imputado, quedando sin fundamento la acción civil.

## 2.3. Definiciones de Términos Básicos

Para un mejor entendimiento de los temas desarrollados en la presente investigación, es importante definir los principales términos utilizados; los mismos que son:

### 2.3.1. Conceptos:

- a) **Acción.-** *En sus significados generales, acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad.*
- b) **Bienes.-** *Aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan.*
- c) **Corrupción.-** *Se estimaba tal el acto de quienes, estando revestidos de autoridad pública, sucumbían la seducción, como los realizados por aquellos que trataban de corromperlos. En realidad la corrupción venía a confundirse con el soborno o el cohecho. Pero en el presente equivale a destruir los sentimientos morales de los seres humanos.*
- d) **Cuantía.-** *Cantidad a que se asciende el importe total de lo reclamado en la petición formulada en la demanda de los juicios, excepción hecha de las costas.*
- e) **Daño.-** *El detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.*
- f) **Daño Emergente.-** *Detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine.*
- g) **Derechos Patrimoniales.-** *son una sub-clasificación dentro de los derechos civiles, pues le corresponden al hombre en cuanto tal, y no por ninguna consideración especial en su relación con otras personas. Son derechos de primera generación.*
- h) **Discrecionalidad.-** *Hace referencia a aquello que se hace libremente, a la facultad de gobierno en funciones que no están regladas y al servicio de transporte que no está sujeto a compromisos de regularidad. La discrecionalidad, por lo tanto, puede estar asociada a la acción que se deja a criterio de una persona, un organismo o una autoridad que está facultada para regularla.*
- i) **Indemnización.-** *Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado.*



- j) **Illegalidad.-** *Infracción de ley prohibitiva. Incumplimiento de ley imperativa.*
  
- k) **Ilícito.-** *Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón o a las buenas costumbres.*
  
- l) **Lucro.-** *Ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa.*
  
- m) **Lucro Cesante.-** *Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses.*
  
- n) **Moral.-** *Espiritual, abstracto; relativo a la percepción o valoración de entendimiento o de conciencia como la convicción o la prueba moral.*
  
- o) **Obligación.-** *El vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción u omisión.*
  
- p) **Omisión.-** *Falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa.*
  
- q) **Patrimonio.-** *El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica.*
  
- r) **Principio.-** *Máxima norma, guía.*
  
- s) **Prueba.-** *Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad del hecho.*
  
- t) **Prudencia.-** *Con origen en el latín prudentia, prudencia es un término que se emplea como sinónimo de sensatez, medida, templanza, cautela o moderación. Se trata de la virtud que lleva a alguien a desenvolverse de modo justo y adecuado.*
  
- u) **Reparación.-** *Indemnización, resarcimiento.*
  
- v) **Responsabilidad Contractual.-** *La procedente de la infracción de un contrato válido.*
  
- w) **Soborno.-** *Incentivo para complacer o ganar el ánimo ajeno.*
  
- x) **Violación.-** *Infracción, quebrantamiento o transgresión de ley o mandato.*
  
- y) **Vulneración.-** *Transgresión, quebranto, violación de una ley o precepto (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2008)*

## **2.4. Hipótesis**

La fijación de cantidades desmedidas como indemnizaciones en los juicios por daño moral atentan al principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

## **2.5. Variables**

### **2.5.1. Variables Independientes**

- a) Inequitativa cuantificación de las indemnizaciones por daño moral
- b) Vacío legal para cuantificar el daño moral
- c) Inequitativa aplicación de la prudencia por parte del Juez

### **2.5.2. Variables Dependientes**

- a) Violación al principio constitucional de proporcionalidad
- b) Elevadas indemnizaciones
- c) Posibilidad de Corrupción

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1. Tipos de Investigación**

El desarrollo del presente proyecto se basó en el empleo de diferentes tipos de investigación, que sirvieron de base para recopilar la información pertinente al tema propuesto. De esta manera la estrategia a emplearse fue a través de los siguientes tipos de investigación:

##### **3.1.1. Investigación Bibliográfica**

En el desarrollo de la presente investigación, sirvió para abordar un tema poco estudiado en nuestro país, ya que si bien es cierto actualmente el tema del daño moral ha sido tomado en cuenta por personajes de la palestra pública no se ha investigado cómo se debe determinar una indemnización justa; razón por la cual se recurrió tanto a la legislación comparada como al estudio de textos de autores nacionales sobre el tema.

##### **3.1.2. Investigación de campo.-**

Con este tipo de investigación se logró un vínculo directo con las personas involucradas en los juicios por daño moral, principalmente con los Jueces Civiles de la Ciudad de Quito, quienes tienen el deber de fundamentar y establecer indemnizaciones justas. Esta técnica se desarrolló con el apoyo de técnicas como la entrevista y la encuesta.

##### **3.1.3. Investigación Histórica.-**

El empleo de este tipo de investigación sirvió para cotejar el desarrollo de los cuerpos legales tendientes a normar el daño moral y la fijación de indemnizaciones.

### 3.1.4. Investigación Descriptiva

Este tipo de investigación se empleó en la descripción de los elementos principales que debe contener la fundamentación de una sentencia por daño moral, ya que conforme se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, toda decisión del poder público debe encontrarse debidamente motivada para ser válida.

### 3.2. Población o Muestra

El universo de estudio, que sirvió para desarrollar la presente investigación se centró en los funcionarios, abogados en libre ejercicio y usuarios de los Juzgados Civiles de la Ciudad de Quito, quienes colaboraron con sus conocimientos acerca del tema propuesto, a través de la aplicación de las encuestas; así la muestra se obtuvo de la siguiente manera:

**Tabla 1**

**Universo de Estudio: Juzgados Civiles de la ciudad de Quito.**

<b>No. Promedio de abogados que visitan al día los juzgados civiles (Quito)</b>	100
<b>No. Promedio de usuarios que visitan al día los Juzgados Civiles (Quito)</b>	400
<b>TOTAL</b>	500

**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

De esta manera se contó con una población de 500 personas, de la cual la muestra que ayudó con la presente investigación se la obtuvo a través de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{z^2 PQN}{Z^2 PQ + Ne^2} \quad \text{De donde:}$$

$n$  = Tamaño de la muestra

$Z$  = Nivel de confiabilidad 95%  $\rightarrow 0.95/2 = 0.4750$   $Z = 1.96$

$P$  = Probabilidad de ocurrencia:  $1 - 0.5 = 0.5$

$Q$  = Probabilidad de no ocurrencia:  $1 - 0.5 = 0.5$

$N$  = Población

$e$  = Error del muestreo 0.05 (5%)

$$n = \frac{1,96^2(0.5)(0.5)(500)}{1,96^2(0.5)(0.5) + (500)0.05^2}$$

$$n = \frac{(3,8416) (125)}{(0.9604) + 1,25}$$

$$n = \frac{480,2}{2,2104}$$

$$n = 217$$

### **TAMAÑO DE LA MUESTRA: 217**

De esta manera las encuestas fueron aplicadas a 217 personas entre abogados y usuarios de los Juzgados Civiles de la ciudad de Quito.

Ahora bien en lo que se refiere a la aplicación de las entrevistas, se contó con la colaboración de:

Dr. José García Falconí, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Asesor de la Fiscalía General del Estado, ex Juez de lo Civil.

### **3.3. Métodos**

La presente investigación se desarrolló mediante la utilización de los siguientes métodos:

#### **3.3.1. Método Científico.-**

Principal método de investigación que fue empleado a través del cotejamiento de las normas legales existentes en el Ecuador referentes al daño moral, para de esta manera comprobar la hipótesis planteada.

Adicionalmente se emplearon otros métodos que a continuación se detallan:

- **Método Descriptivo y de Observación.-** El presente método fue utilizado para estudiar casos prácticos sobre la forma de fijar las indemnizaciones por daño moral.
- **Método de Exégesis.-** A través del empleo de este método se pudo extraer las premisas fundamentales sobre el daño moral y sus indemnizaciones de los diferentes textos enunciados en la referencia bibliográfica.
- **Método Lógico-Inductivo.-** Este método fue utilizado para determinar un concepto claro y unificado de lo que es el daño moral, a través del estudio de los diferentes conceptos dados por tratadistas.
- **Método Lógico-Deductivo.-** Este método fue empleado para tratar de unificar los diferentes criterios expuestos por juzgadores al momento fundamentar sentencias por daño moral.
- **Método Histórico.-** El empleo de este método sirvió para conocer la evolución de la figura del daño moral como tal, pero sobre todo para entender la forma de cuantificación de las indemnizaciones desde 1984, fecha en la cual se introdujo en el Código Civil lo pertinente a esta figura.
- **Método Sintético.-** Este método fue utilizado para obtener una idea general de lo manifestado por diferentes tratadistas acerca de la forma de cuantificar las indemnizaciones por daño moral.

### 3.3.2. Técnicas

Las técnicas de investigación que ayudaron para el desarrollo del presente trabajo son las siguientes:

#### **3.3.2.1. Observación**

Técnica empleada para entrar en contacto directo con quienes se han encontrado involucrados en una acción de daño moral, lo que permitió obtener información eficaz y directa.

#### **3.3.2.2. Entrevista**

Esta técnica permitió apreciar el criterio de profesionales conocedores del tema, para de esta manera tener una visión clara de la magnitud de la acción por daño moral y sobre todo tener fundamentos para la elaboración de la propuesta.

#### **3.3.2.3. Encuesta**

Técnica que permitió obtener la información de los primeros beneficiarios, es decir los usuarios que día a día acuden a los Juzgados Civiles en busca de una respuesta oportuna a sus casos.

#### **3.3.3. Instrumentos**

##### **3.3.3.1. Diario de Campo**

Este instrumento fue de utilidad para llevar un registro pormenorizado del avance en el proceso investigativo.

##### **3.3.3.2. Formulario del Cuestionario**

Instrumento que fue empleado para establecer un banco de preguntas claro y conciso, tanto para las entrevistas, como para las encuestas.

### **3.4. Recolección de la Información**

Establecer la validez y por ende el nivel de confiabilidad de una técnica y su respectivo instrumento, permitió medir la calidad de información proporcionada, en el presente caso se utilizó las entrevistas y encuestas para conocer la relevancia que se le dio a la acción por daño moral en los últimos tiempos.

Garantizar que una dato obtenido sea válido y confiable, depende del nivel de profesionalismo y sobre todo honestidad con el que se desempeñe el investigador al momento de recabar la información.

Además se debe destacar que si bien los diferentes criterios recogidos son de vital importancia para determinar el impacto de la sociedad frente al daño moral y sus indemnizaciones, los mismos deben ser compaginados con la doctrina jurídica y con la legislación pertinente.

### **3.5. Procesamiento y análisis de la información**

Si bien la recolección de datos implicó una ardua tarea para el investigador, también se debe destacar la relevancia del análisis y valoración de la misma; así pues, esto depende de la capacidad crítica, del razonamiento y de la capacidad de entendimiento del investigador; para lo cual se debe aplicar la interpretación cuantitativa, así como la cualitativa.

En este sentido una vez seleccionada la información pertinente, correspondió al investigador hacerla entendible al público, por lo cual se hace necesario la utilización de gráficos de pasteles, que representen de una manera didáctica la idea que quiere promocionar el investigador.



## CAPÍTULO IV.

### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

#### 4.1. Formulario No. 1

Para la aplicación de las 217 encuestas se empleó el siguiente formulario:

**UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**ENCUESTA**

**TEMA:** La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por daño moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Civil ecuatoriana.

**Nombre:**

**Edad:**

**Profesión/Ocupación:**

**Fecha:**

**Sírvase contestar las siguientes preguntas:**

1. ¿Conoce Usted que es daño moral?

Sí

☐

No

☐

2. ¿Considera Usted que una afectación moral pueda ser susceptible de compensación económica?

Sí

☐

No

☐

3. ¿Tiene Usted conocimiento de la acción legal que puede seguir en caso de afectación a su moral?

Sí

☐

No

☐

4. ¿Considera Usted que es suficiente la prudencia del Juez para establecer una indemnización por daño moral?

Sí

☐

No

☐

Por qué: \_\_\_\_\_

5. ¿De las siguientes opciones, escoja la que considere Usted como principal parámetro que debe cumplir un Juez para fijar una indemnización por daño moral, considerando que no existe una fórmula matemática que establezca el monto?

Prudencia

☐

Experiencia

☐

Sana crítica

☐

Conocimiento de la ley

☐

Ninguna de las anteriores

☐

Todas las anteriores

☐

6. ¿Considera Usted que un Juez puede medir el daño moral?

Sí

☐

No

☐

7. ¿Está Usted de acuerdo con la fijación de montos máximos y mínimos para fijar una indemnización por daño moral?

Sí

☐

No

☐

8. ¿Considera pertinente que se establezca parámetros objetivos para que el Juez los tome en cuenta al momento de establecer una indemnización por daño moral?

Sí

☐

No

☐

9. ¿De las siguientes opciones, escoja la que Usted considere el principal parámetro objetivo que debe observar el Juez para fijar una indemnización por daño moral?

Situación económica de las partes

Grado de afectación

Imagen pública del afectado

Ninguna de las anteriores

Todas las anteriores


#### 4.1.1. Análisis e Interpretación de resultados

En primer lugar es importante realizar una breve revisión del perfil de las personas que colaboraron en la encuesta, por cuanto de esta manera se puede medir el grado de validez de la información recolectada, así tenemos:

**Tabla 2**

<b>PERFIL</b>	<b>NÚMEROS</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>Profesionales</b>	193	89%
<b>No profesionales</b>	24	11%
<b>Total de Encuestados</b>	217	100%

**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

En este sentido se debe considerar que el 89% de los encuestados son profesionales vinculados con el área del Derecho, ya sea como Abogados en libre ejercicio, funcionarios públicos o judiciales quienes en virtud de sus conocimientos aportaron sobremanera en el desarrollo de la presente investigación; sin embargo es muy importante considerar al 11% de la muestra encuestada que son personas que a pesar de no tener una instrucción superior, diariamente acuden a una dependencia judicial por encontrarse inmersos en determinada acción legal, siendo su aporte muy valioso ya que permitió medir el grado de conocimiento que la sociedad en general tiene acerca de la figura del daño moral así como de su forma de indemnización, información que sirvió para la elaboración de la propuesta.

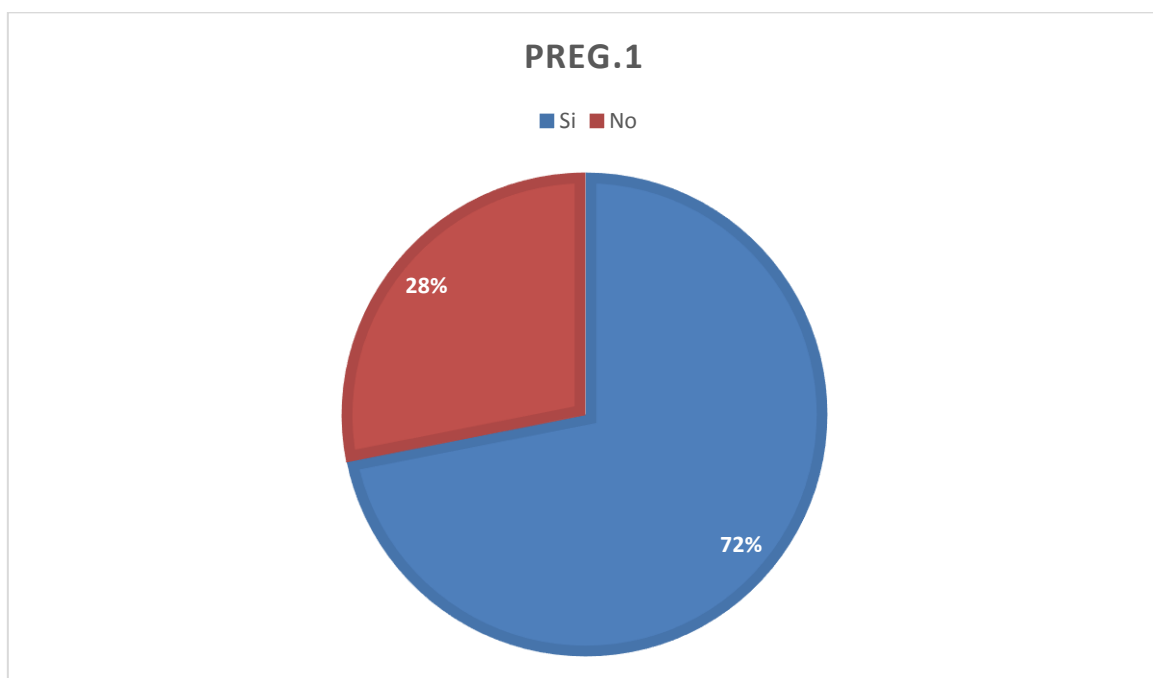
Ahora bien, una vez revisado el perfil de los encuestados, a continuación se detalla el análisis de los resultados obtenidos, así tenemos lo siguiente:

### ¿Conoce Usted que es daño moral?

**Tabla 3**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	156	72%
NO	61	28%
Total	217	100%

**Gráfico 1**



**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** Se entiende que casi tres cuartas partes del universo tiene una idea; es decir cree saber de lo que se trata el “*Daño Moral*”, motivo por el cual se podría decir que 3 de cada 4 personas conocen sobre esta institución.

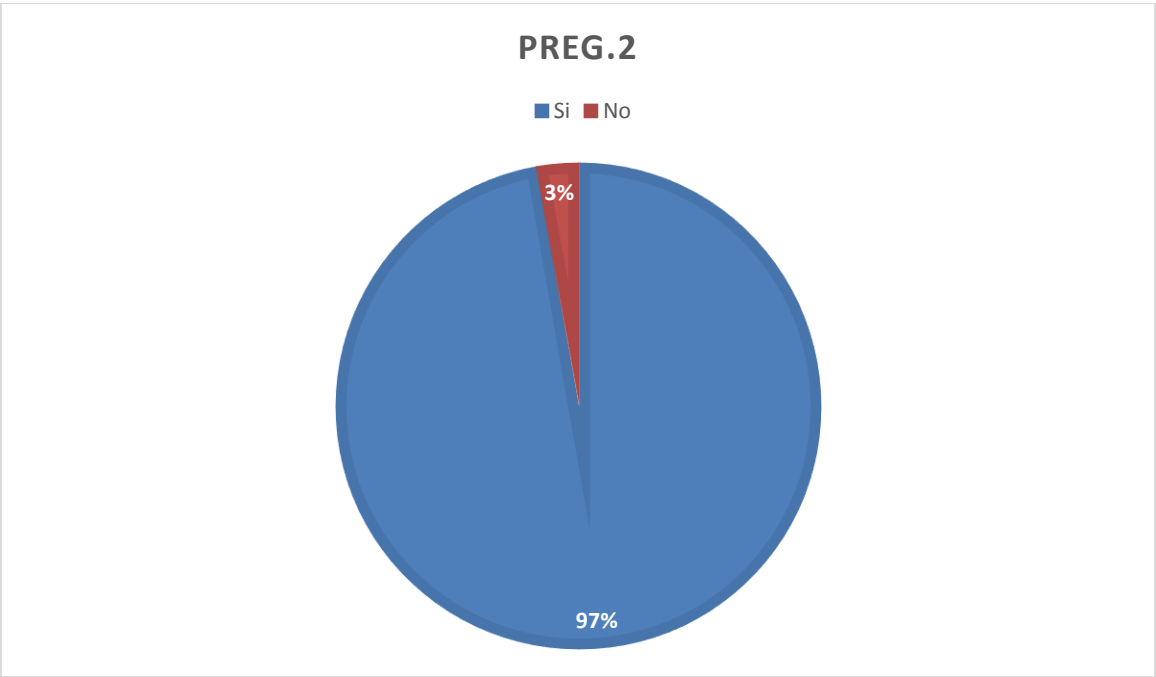
**¿Considera Usted que una afectación moral pueda ser susceptible de compensación económica?**

**Tabla 4**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	211	97%
NO	6	3%
Total	217	100%

**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Gráfico 2**



**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** La gran mayoría de los encuestados coinciden que una compensación económica puede resarcir los daños causados por una afectación moral; es decir se puede colegir que casi la totalidad de la población considera que la moral puede cuantificarse con dinero.

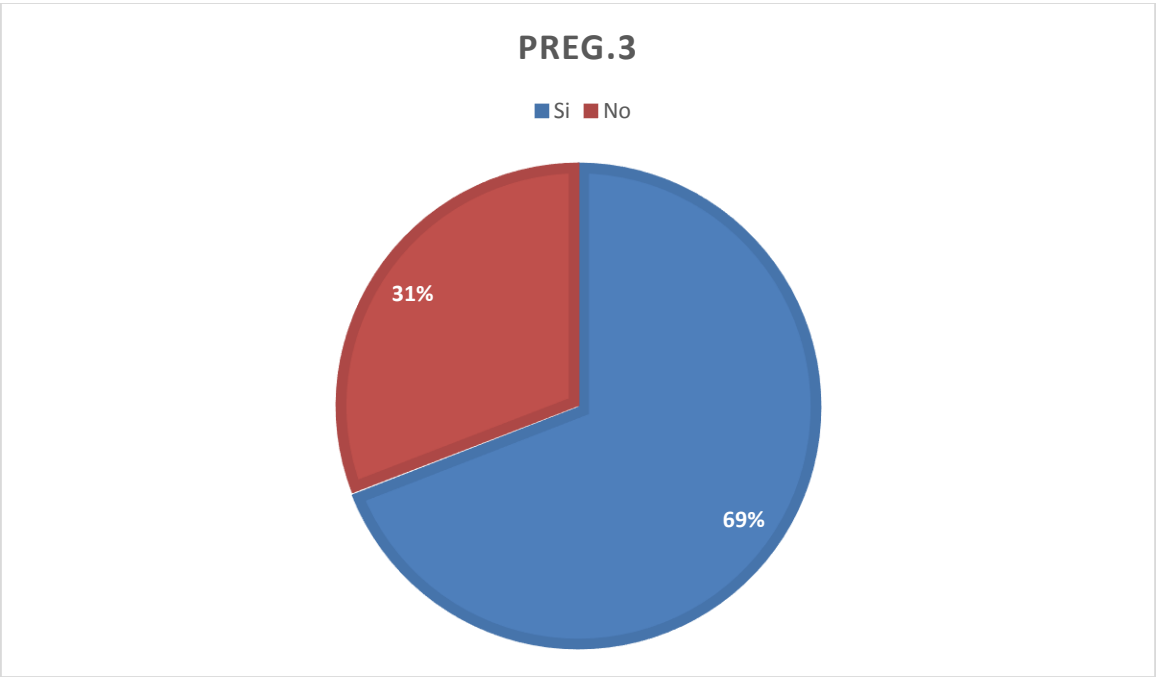
**¿Tiene Usted conocimiento de la acción legal que puede seguir en caso de afectación a su moral?**

**Tabla 5**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	150	69%
NO	67	31%
Total	217	100%

**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Gráfico 3**



**Autor:** María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** El 69% de los encuestados conocen que deben hacer en el caso que consideren que su moral ha sido afectada, no obstante sería importante que la totalidad de las personas conozcan el trámite a seguir debido a que la encuesta devela que existe un índice importante de desconocimiento, lo que limita el resarcimiento de este tipo de daño.

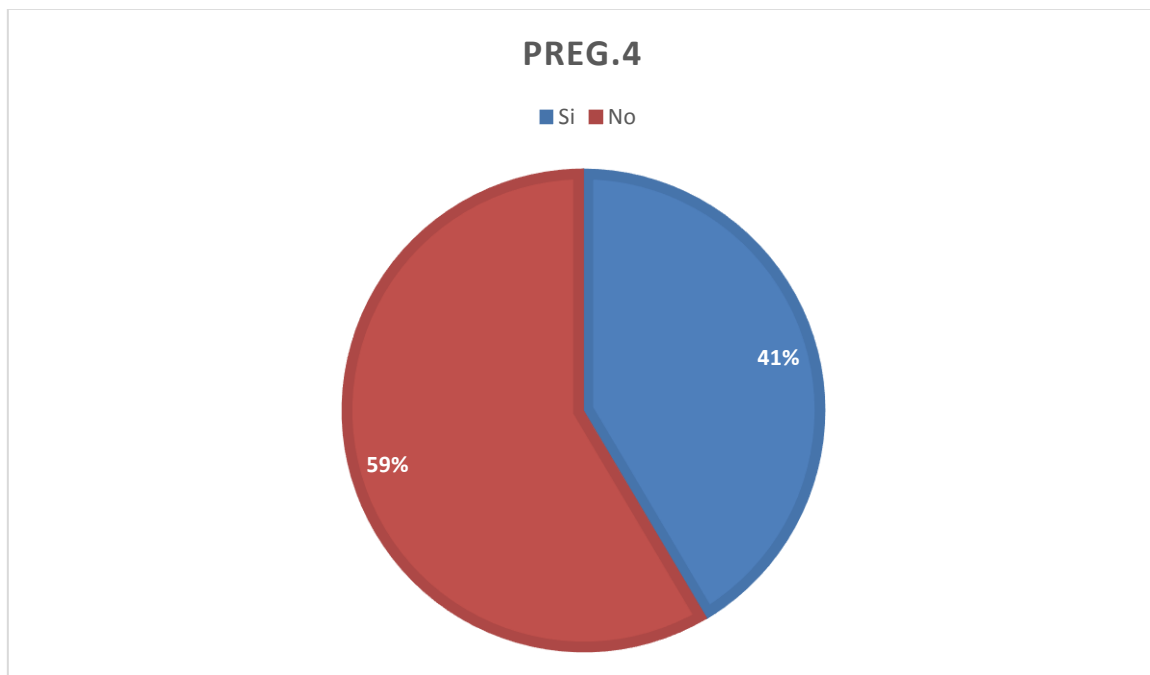
**¿Considera Usted que es suficiente la prudencia del Juez para establecer una indemnización por daño moral?**

**Tabla 6**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	90	41%
NO	127	59%
Total	217	100%

Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Gráfico 4**



Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Análisis:** La mayoría de personas encuestadas coinciden en que no basta que el Juez aplique su prudencia al momento de fijar una indemnización por daño moral, debido principalmente a la falta de credibilidad que aún tienen del sistema judicial ecuatoriano, ya que la mayoría creen que al no existir un parámetro base se puede dar paso a la corrupción.

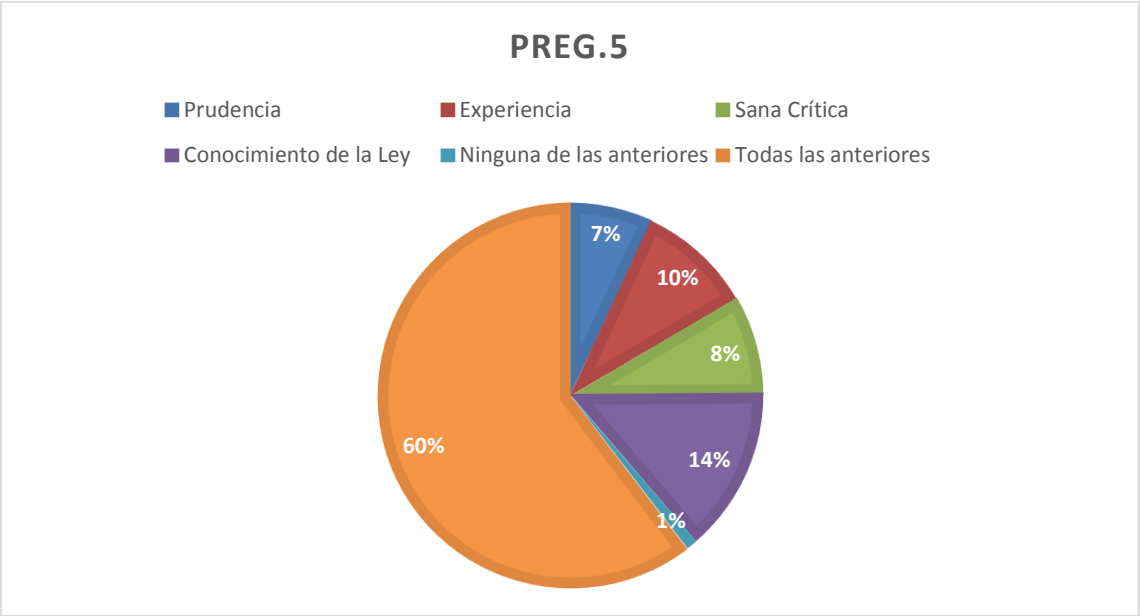
**¿De las siguientes opciones, escoja la que considere Usted como principal parámetro que debe cumplir un Juez para fijar una indemnización por daño moral, considerando que no existe una fórmula matemática que establezca el monto?**

**Tabla 7**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
Prudencia	15	7%
Experiencia	21	10%
Sana crítica	18	8%
Conocimiento de la ley	30	14%
Ninguna de las anteriores	2	1%
Todas las anteriores	131	60%
Total	217	100%

Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Gráfico 5**



Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** Si bien existe muchas opiniones repartidas entre las opciones propuestas, la mayoría del universo encuestado coincide en que todas las opciones brindadas son importantes para fijar una indemnización por daño moral; esto es que el Juez debe combinar la prudencia, la experiencia, la sana crítica y el conocimiento de la Ley.



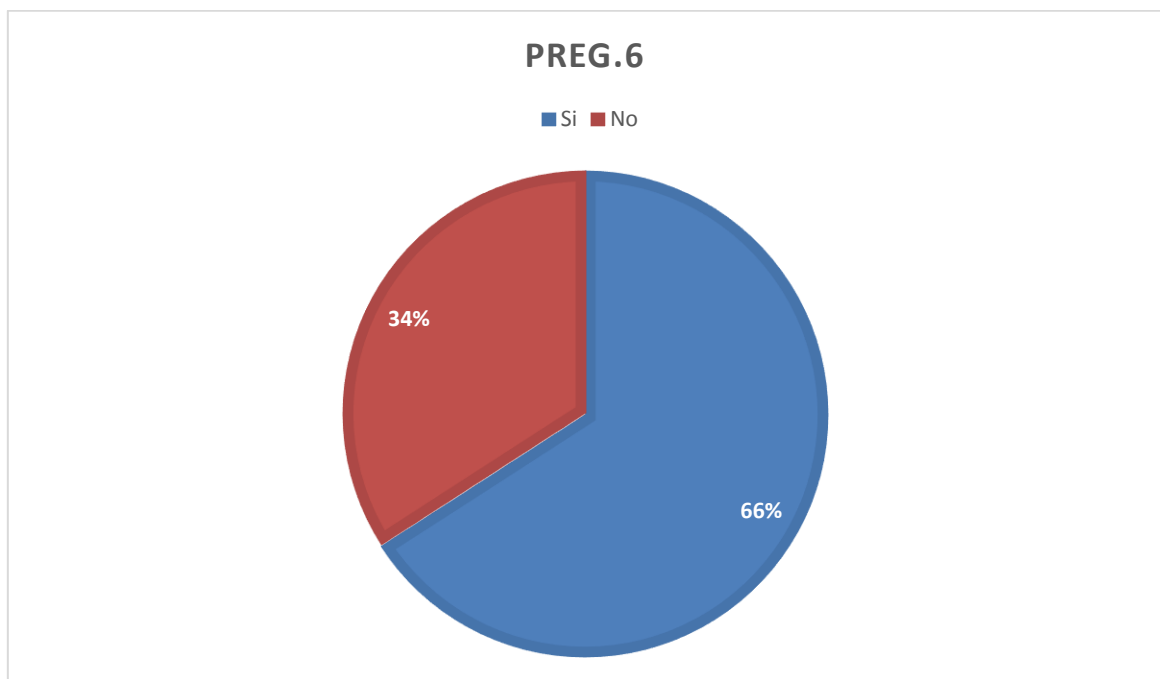
**¿Considera Usted que un Juez puede medir el daño moral?**

**Tabla 8**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	143	66%
NO	74	34%
Total	217	100%

Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Gráfico 6**



Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** Se concluye que más de la mitad de la población considera que un Juez es el indicado para cuantificar económicamente el resarcimiento del daño moral, atribuyéndole la capacidad de medir la magnitud del daño.

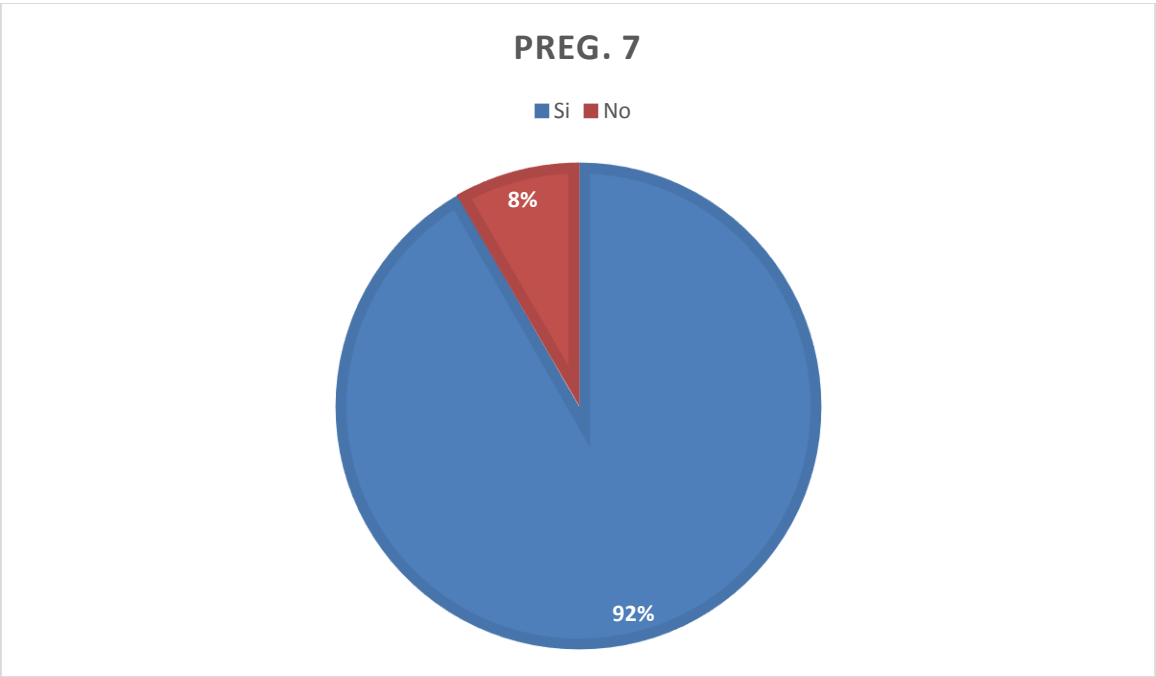
**¿Está Usted de acuerdo con la fijación de montos máximos y mínimos para fijar una indemnización por daño moral?**

**Tabla 9**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	199	92%
NO	18	8%
Total	217	100%

**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Gráfico 7**



**Elaborado por:** María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** Es importante en todo proceso implementar parámetros con la finalidad de que ninguna persona se sienta afectada, esta conclusión se refleja en la respuesta de esta interrogante demostrando que únicamente el 8% de los encuestados considera que no es necesario montos mínimos y máximos.

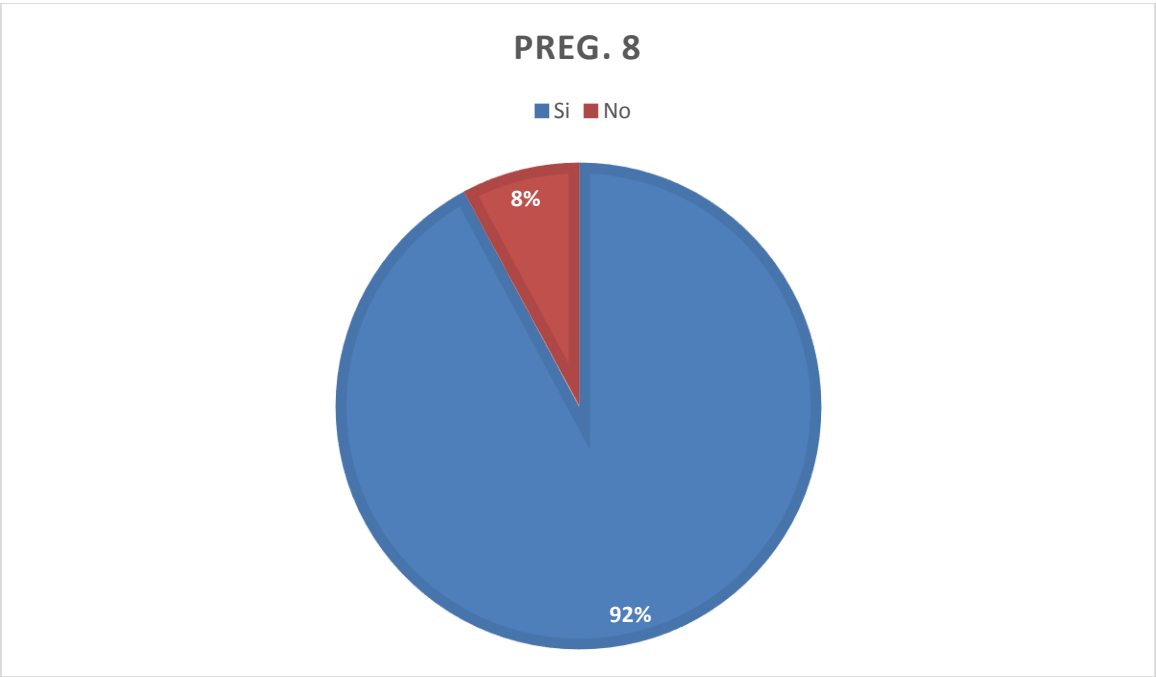
**¿Considera pertinente que se establezca parámetros objetivos para que el Juez los tome en cuenta al momento de establecer una indemnización por daño moral?**

**Tabla 10**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
SI	200	2%
NO	17	8%
Total	217	100%

Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Gráfico 8**



Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Análisis.-** De las personas encuestadas el 92% coincide en que se debe establecer parámetros objetivos para que el Juez los tenga como base al momento de fijar el monto de la indemnización por daño moral.

**¿De las siguientes opciones, escoja la que Usted considere el principal parámetro objetivo que debe observar el Juez para fijar una indemnización por daño moral?**

**Tabla 11**

OPCIONES	NÚMEROS	PORCENTAJE
Situación económica de las partes	17	8%
Grado de afectación	14	6%
Imagen pública del afectado	10	5%
Ninguna de las anteriores	3	1%
Todas las anteriores	173	80%
Total	217	100%

Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Gráfico 9**



Elaborado por: María Fernanda Manopanta

**Análisis:** La gran mayoría de los encuestados consideran que todos los parámetros propuestos son importantes al momento de cuantificar económicamente el resarcimiento del daño moral, por tal motivo únicamente el 1% del universo considera que ninguna de las opciones brindadas es trascendental.

## **4.2. Formulario No. 2**

- **Entrevista No. 1**

**Entrevistado:** Dr. José García Falconí

### **Pregunta No. 1.**

¿Usted considera que es inequitativo el sistema de cuantificación que ahora tenemos para fijar la indemnización por daño moral?

### **Respuesta:**

En primer lugar yo tengo que señalar que el daño moral se lo implementó hace unos 30 años atrás, a raíz de un proyecto del Dr. Gil Barragán, de 4 artículos que no fue discutido en el Congreso de esa época, porque nadie sabía sobre lo que es el daño moral, ahora está en boga el juicio por daño moral, ahora ya está regulado en el Código Civil, desde el 2231 al 2236 del Código Civil y el daño moral tiene dos aspectos que son fundamentales, en primer lugar hay el daño moral subjetivo y el daño moral objetivo, el daño moral objetivo se refiere a los daños, al perjuicio económico que he recibido, me explico si Usted me insulta y me ha causado una depresión, yo voy a la clínica X, pago gastos del médico, del psicólogo, ese es el daño moral objetivo; el daño moral subjetivo es el *petrium doloris*, ese dolor interno que Usted me ha causado por una acusación falsa, por ejemplo en el sentido de que yo siendo profesor de la Central estoy acosando a las alumnas imagínese en la situación personal mía, yo como asesor de la Fiscalía General del Estado, tendría problemas, yo como padre de familia, como abuelo tendría problemas, tendría problemas en la Universidad y en el status social en el cual me desenvuelvo; o sea que es difícil justificar el daño moral subjetivo que el daño moral objetivo. También es verdad que tampoco se puede abusar en la cuantificación del daño, tampoco se trata de enriquecerse injustamente, sino que simple y llanamente haya una indemnización, yo sé que el honor no tiene precio, pero de alguna manera la persona que ofendió tiene que indemnizar los daños y perjuicios morales que me ha ocasionado con esa actuación ilegal. Yo pienso que queda a la prudencia del Juez, sin embargo como le manifestaba anteriormente, parece que el Consejo de la Judicatura a través de un proyecto que se le llama Código Orgánico de los Procesos ya se comenzó a socializar hace unos 15 días atrás y está actualmente en la Corte Nacional de Justicia en estos momentos haciendo el análisis el Pleno; sobre este Proyecto he leído uno de sus artículos que dice que se pone como techo 500 salarios mínimos vitales, el máximo de la

indemnización por daño moral; obviamente que se está abusando sin duda alguna de la administración de Jueces arbitrarios que ponen cantidades ridículas, hay Jueces que ponen cantidades astronómicas sin tener una mayor motivación como exige la Constitución de la República; sin embargo yo creo que es el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que ya debe reunirse para establecer cuáles son los estándares mínimos que el Juez debe tener en cuenta para fijar la cuantificación por daño moral.

### **Pregunta No. 2.**

A su criterio como Usted también fue Administrador de Justicia, cuál cree Usted deberían ser los parámetros objetivos que debe observar el Juez al momento de fijar una indemnización?

### **Respuesta.-**

Sin duda alguna, aun cuando aparentemente parecería que lo que voy a manifestar es inconstitucional, pero sin duda alguna tiene que tener en cuenta en primer lugar la personalidad de la parte afectada, la personalidad del demandado, de la persona que infirió una ofensa a la honra o la dignidad del ser humano, las circunstancias en las que se rodea sin duda alguna, o sea que son parámetros y obviamente dentro de esos parámetros las pruebas con las cuales el actor ha justificado el daño moral subjetivo y el daño moral objetivo y las pruebas de descargo del demandado al oponer las excepciones o la reconvencción porque también el demandado puede oponer la reconvencción de que se le ha causado un daño moral con la presentación de la demanda. O sea que hay una ventaja dentro del ordenamiento jurídico de este país, es el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial en la cual ya fija los parámetros en los cuales debe comportarse el actor y el demandado y dice no se debe litigar con mala fe, con abuso del derecho y sin guardar la lealtad procesal, o sea que uno tiene que ser justo y además el momento de cuantificar el daño, el Juez tiene que utilizar la prudencia, y ¿Qué es la prudencia? Es una virtud cardinal dentro de la iglesia católica que dice que hay que ser justo, o sea que hay que dictar una sentencia justa y una sentencia justa, dar la razón a quien realmente la tiene.

### **Pregunta No. 3.**

Igual dentro de su experiencia como Administrador de Justicia y más como Abogado ¿Usted considera que esta desigualdad de los Jueces al momento de fijar la indemnización podría atender el principio de proporcionalidad?

**Respuesta:**

Sin duda alguna, o sea que dentro del nuevo ordenamiento jurídico el Juez ya no es un espectador de lo que hacen las partes, tampoco es un Juez que puede actuar arbitrariamente, el Juez es un Director del proceso, de tal modo que tiene que a través de las reglas de la experiencia, de la sana crítica y en este caso particular a través de la prudencia y de las pruebas obviamente que han presentado las partes procesales, tiene que dictar una sentencia justa; y ahora pues ya tenemos un parámetro que es no más de 500 salarios mínimos vitales y entonces el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y el Asambleísta ya tiene que considerar un techo, obviamente que dentro de ese techo se podría establecer el cálculo de los daños y perjuicios de daño moral en consideración al aspecto subjetivo de las partes procesales y a las circunstancias en que las que se cometió la infracción civil.

**Pregunta No. 4.**

¿Y Usted considera que el hecho de ponerle un techo a la indemnización es la forma de solucionar esta desigualdad en las indemnizaciones?

**Respuesta:**

En parte si para frenar las arbitrariedades de los señores Jueces, porque sin la debida motivación hubo un Señor Juez que sin mayor motivación le puso cinco millones de dólares en la sentencia, lo cual es inexplicable que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ponga una cantidad tan alta, ¿Quién está en capacidad de pagar cinco millones de dólares? Si Usted me exige el pago de cinco millones de dólares, ni trabajando en 50 vidas podría cancelar esa cantidad por lo cual como Usted acaba de manifestar rompe este principio de proporcionalidad.

**Pregunta No. 5**

¿Entonces, a su criterio este nuevo ordenamiento debería cambiar lo que está establecido en el Art. 2232 que dice que queda únicamente a la prudencia del Juez la indemnización?

**Respuesta:**

Sí, yo pienso que de alguna manera hay que fijar parámetros y obviamente que debe ser el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el que ratiocine, que dicte una jurisprudencia obligatoria en el sentido de decir cuáles son los parámetros mínimos y máximos en los cuales se puede

cuantificar la cuestión de daño moral y como repito una vez más el Código Orgánico General de Procesos, en el proyecto ya se establece un máximo de 500 salarios mínimos vitales.

**Pregunta No. 6**

¿Y Usted en su experiencia como Juez tal vez ha tenido un caso de daño moral?

**Respuesta:**

Yo cuando era Juez de lo Civil, le estoy hablando del año de 1986 al año 1993, antes eran rarísimos estos casos, ahora no es el pan de cada día, pero no es la excepción estos juicios, sin duda alguna es uno de los juicios más interesantes, porque si es que Usted revisa el Art. 78 de la Constitución de la República, ahora se señala que la víctima tiene reparación, tiene derecho a la reparación integral y la reparación integral tiene dos parámetros el daño material y el daño inmaterial, el daño material daños y perjuicios y el daño inmaterial el daño moral, el daño moral objetivo y subjetivo, lo mismo señala la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en un capítulo especial que en como 5 o 6 artículos habla de la reparación integral y en la reparación integral está incluido el daño moral.

**Pregunta No. 7**

Finalmente ¿Cuál es su opinión acerca del caso concreto que se dio por daño moral del Señor Presidente de la República contra el Diario El Universo?

**Respuesta:**

Bueno, la verdad es que yo no me puedo pronunciar en este sentido, en primer lugar porque yo soy Funcionario Público, soy Asesor de la Fiscalía General del Estado y en segundo lugar porque el Dr. José García Falconí es columnista del Diario El Universo de la ciudad de Guayaquil y entonces por esa razón y es más por obvias razones que no tengo el proceso en mis manos no podría contestar esa pregunta.



#### **4.2.1. Análisis e Interpretación de Resultados**

La entrevista realizada al Dr. José García Falconí fue un gran aporte a la presente investigación, ya que el vasto conocimiento del referido catedrático permitió tener una visión más amplia de la figura del daño moral; incluso se llegó a conocer que dentro del Proyecto de Código General de Procesos ya existe una propuesta de límite al monto de la indemnización por daño moral, consistente en 500 salarios mínimos vitales, límite que debe observar el Juez para cuantificar una indemnización; lo que a criterio del entrevistado puede servir de base para evitar las arbitrariedades de los administradores de justicia, quienes sin mayor fundamento fijan cantidades irrisorias o en su defecto desmedidas.

Ahora bien se debe tomar en cuenta lo manifestado por el entrevistado quien menciona que es necesario se modifique el Art. 2232 del Código Civil que habla de que la fijación de una indemnización por daño moral queda a la prudencia del Juez, por cuanto desde que se introdujo la figura del daño moral en la legislación ecuatoriana no existió un análisis verdadero de su magnitud; de lo cual se desprende el gran vacío legal que actualmente pone en riesgo el principio de proporcionalidad con fijación de montos no acordes al daño causado.

El criterio de profesionales expertos en el tema de investigación es de gran importancia en el desarrollo de una investigación, por cuanto permite direccionar la misma.

## CONCLUSIONES

El desarrollo del presente trabajo investigativo permitió llegar a las siguientes conclusiones:

- La acción por daño moral no siempre estuvo normada por la legislación civil ecuatoriana; fue a partir de 1984, fecha en la cual entró en vigencia las reformas al IV Libro del Código Civil contenidas en la Ley 171 que abrió la posibilidad para reclamar una indemnización por el perjuicio sufrido; sin embargo esta normativa tiene una grave falencia al dejar a la sola prudencia del Juzgador el establecimiento del monto de la indemnización que le corresponde a la persona afectada por un daño moral.
- El daño moral como tal pertenece a la esfera de lo subjetivo, por cuanto su nivel de afectación engloba los bienes personalísimos de una persona, es decir aquellos que no son susceptibles de valoración económica; de esta manera al no afectar el patrimonio de una persona su reparación se torna complicada, ya que el Juzgador no posee una fórmula matemática o una tabla de montos que le permita fijar una cantidad acorde al daño causado, por lo que de cierto modo se debe considerar que el daño moral por su naturaleza es irreparable.
- Se pudo conocer que la indemnización por daño moral es de carácter compensatorio ya que el Juzgador al no poder determinar de forma exacta la magnitud de la afectación espiritual o sentimental de una persona debe realizar una estimación objetiva de las alteraciones sufridas por el afectado en el momento mismo del ilícito así como las que pudieran derivarse del referido daño; motivo por el cual la esencia de la indemnización se torna compensatoria al no lograrse una reparación integral del daño moral como tal, lo que sí sucede con las indemnizaciones provenientes de las acciones por daños y perjuicios.
- En virtud de los casos prácticos estudiados ha quedado comprobada la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo investigativo, ya que de la revisión de sentencias por daño moral se conoce que las indemnizaciones fijadas no guardan relación con el daño causado, por cuanto en algunos casos las sumas fijadas superan la magnitud del

mismo, mientras que en otro casos los montos establecidos han sido irrisorios; motivo por el cual se viola el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

- De las encuestas realizadas se tuvo conocimiento que el nivel de confiabilidad que la ciudadanía le da al mejoramiento de la función judicial se ha visto afectado por cuanto el vacío legal para la determinación de las indemnizaciones por daño moral hace que aún existan focos de corrupción entre administradores de justicia que sin tener fundamentos fijen cantidades en favor de una parte de la contienda legal.
- De las sentencias revisadas se conoce que la jurisprudencia, así como la doctrina referente a la forma de cuantificación de las indemnizaciones por daño moral es muy escasa aún en el Ecuador, por lo que se torna complicado que los Jueces tengan una base teórica que les pueda servir para fundamentar los montos fijados en las sentencias.

## RECOMENDACIONES

- De conformidad a la información obtenida a través de las encuestas realizadas es recomendable que se revise la normativa que regula el daño moral en el Ecuador, ya que actualmente se tergiversa el sentido de la acción que asiste al ofendido para interponer demandas sin fundamento, desviando la atención de los administradores de justicia de causas que verdaderamente merecen un estudio profundo.
- Como resultado de las encuestas realizadas es pertinente recomendar que no se utilice la figura del daño moral como símbolo de enriquecimiento personal, por cuanto la misma fue introducida en la legislación ecuatoriana con la finalidad de amparar a las personas que han visto afectada su moral por el agravio de otra persona, más no como una forma de obtener réditos económicos.
- De la entrevista realizada se desprende que es necesario incluir dentro de la normativa civil referente al daño moral parámetros objetivos que sirvan de base al juzgador para cuantificar de la manera más justa posible una indemnización por daño moral, procurando la aplicación del principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.
- Así mismo haciendo referencia a la entrevista realizada es recomendable que los administradores de Justicia acudan a jurisprudencia y doctrina extranjera para que de esta manera puedan tener una amplia gama de posibilidades al momento de fijar un monto como indemnización por daño moral.
- Es importante que los Jueces en su calidad de Administradores de Justicia tomen conciencia y entiendan que una indemnización tiene el carácter de compensatorio, ya que el daño moral no puede ser reparado de manera integral, por ello los montos a fijarse deben tratar de ser acordes a la magnitud del daño causado al ofendido.

## **CAPÍTULO V.**

### **PROPUESTA**

#### **5.1. Justificación**

La figura del daño moral no siempre existió en la legislación civil ecuatoriana, fue el Dr. Gil Barragán quien impulso la protección de los bienes extra patrimoniales de las personas a través de su proyecto de ley, sin embargo se debe resaltar que si bien es positivo la protección de este tipo de derechos, la ley 171 que regula el daño moral, al ser poco discutida fue aprobada con ciertos vacíos, siendo el principal el haber dejado a la sola prudencia del Juzgador la fijación de las indemnizaciones por este tipo daño, considerando que la moral no es susceptible de valoración económica, y que el juez debe contar con mayores elementos para establecer una cantidad acorde al daño causado.

En este sentido la legislación civil ecuatoriana que actualmente regula la figura del daño moral, desde su procedencia hasta la forma de cuantificación de las indemnizaciones que le corresponden al afectado, merece una urgente reforma, por cuanto la misma tiene un gran vacío al dejar únicamente a la prudencia del Juez la forma de fijación del monto de la indemnización, lo que ha dado paso a casos de corrupción en los cuales malos elementos dentro de la función judicial han dado paso a demandas por daño moral que no tienen fundamento, fijando cantidades desmedidas y sin ningún tipo de motivación en sus sentencias.

Además se debe considerar que el referido vacío legal ha traído consigo la mala utilización de esta figura, que en sus inicios fue incluida en la legislación civil con la finalidad de proteger aquellos bienes personalísimos de los seres humanos, puesto que hasta 1984, las ofensas a la honra y la moral no contaban con ninguna acción legal que las proteja; sin embargo actualmente existen actores que proponen demandas con la única finalidad de obtener réditos económicos.

Es ahí donde surge la necesidad de un proyecto de ley que contemple la implementación de nuevos artículos tendientes a normar la cuantificación del daño moral, así como nuevas formas de indemnización, más allá de la económica.

## **5.2. Objetivo**

### **5.2.1. Objetivo General**

Implementar parámetros dentro de la legislación civil ecuatoriana que permitan al administrador de justicia cuantificar de forma justa una indemnización por daño moral.

### **5.2.2. Objetivos Específicos**

- Desarrollar un Proyecto de Ley para ser presentado a la Asamblea Nacional, que contemple una reforma al Art. 2232 del Código Civil, referente a la forma de cuantificación de las indemnizaciones por daño moral.
- Concientizar tanto a los Administradores de Justicia como a los usuarios del sistema Judicial para que utilicen correctamente la figura del daño moral, considerando que su naturaleza es la protección de los derechos personalísimos de los seres humanos, más no la consecución de réditos económicos.

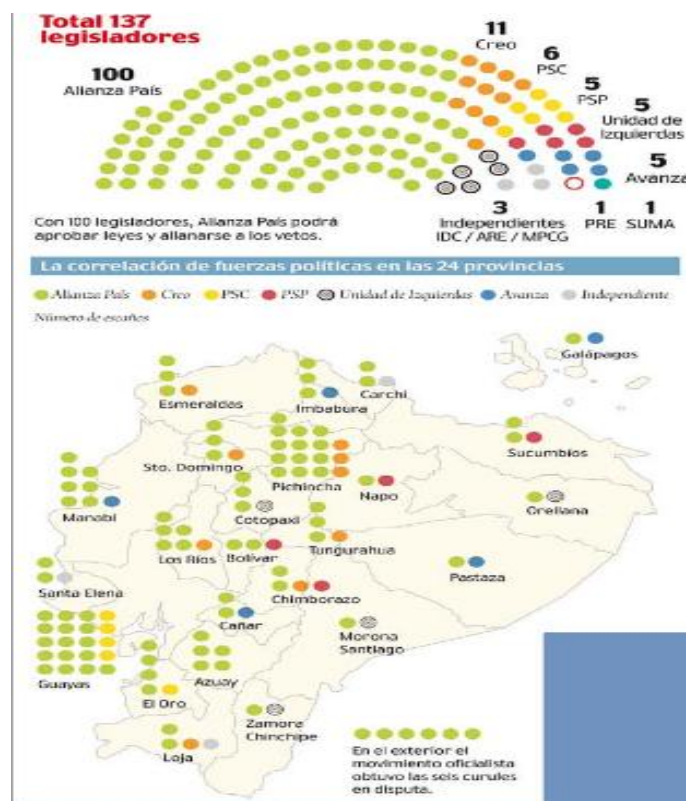
## **5.3. Ubicación Sectorial Y Física**

Por cuanto el Código Civil es un cuerpo legal que regula lo relativo a las personas, los bienes, la sucesión por causa de muerte, las donaciones y las obligaciones en general en todo el territorio nacional, el proyecto de ley a ser propuesto como resultado del presente trabajo investigativo, su aplicación de la misma forma sería para todos los ecuatorianos.

Ahora bien, es importante resaltar que la propuesta sería presentada en la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de Quito.

### 5.3.1. Mapa

Conforme se manifestó en el numeral anterior la propuesta será planteada ante la Asamblea Nacional cuya ubicación se encuentra en la ciudad de Quito; por lo que a continuación se presenta una *Infografía tomada del Diario El Comercio del Jueves 28 de marzo de 2013*, de la Sección Política, donde se muestra un mapa de la representación que tienen las provincias a través de los diferentes Asambleaístas, quienes serán los encargados de discutir el proyecto de Ley a ser presentado.



Elaborado por: Diario El Comercio.

## **5.4. Características de la Parroquia**

### **5.4.1. Beneficiarios**

Como todo tipo de propuesta, la presente tiene por beneficiarios a los siguientes:

#### **5.4.1.1. Beneficiarios directos**

Se consideran beneficiarios directos de la presente propuesta a las partes procesales dentro de una acción por daño moral, por cuanto al existir parámetros objetivos para la cuantificación de las indemnizaciones, así como otras formas de resarcimiento alternativas a la indemnización económica se garantiza el pleno ejercicio de la Justicia en favor de las partes involucradas.

#### **5.4.1.2. Beneficiarios indirectos**

La aprobación de la presente propuesta, de manera general resulta beneficioso para toda la población ecuatoriana, Administradores de Justicia, Abogados, usuarios del Sistema Judicial, etc., por cuanto al tener el Juez un sustento normativo que le permita fijar el monto por concepto de indemnización que se ajuste al daño causado, se garantiza el pleno cumplimiento del Principio de Proporcionalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

## **5.5. Factibilidad**

Para presentar una propuesta, es necesario realizar un análisis tanto de la factibilidad interna como externa de su aplicación, a fin de conocer si será posible su ejecución; de esta forma se tiene lo siguiente:



### **5.5.1. Factibilidad interna**

Es necesario tomar en cuenta que la propuesta merece el pleno apoyo del personal universitario, esto es entre Autoridades, Catedráticos y alumnos, principalmente de la Facultad de Jurisprudencia, por cuanto al tratarse de un Proyecto de Ley, corresponde a los estudiosos del Derecho fomentar y explicar la propuesta a las demás personas, haciéndoles partícipes de la normativa que pretende regular la cuantificación por daño moral.

En este sentido es importante mencionar que durante el desarrollo de la presente investigación, primordialmente de las encuestas realizadas se tiene conocimiento que hay gran acogida por parte de la sociedad ecuatoriana para el establecimiento de parámetros objetivos que pueda usar el Juez al momento de fijar una cantidad por daño moral, por lo que la factibilidad interna de la propuesta se encuentra demostrada en los resultados de las referidas encuestas.

### **5.5.2. Factibilidad externa**

En este punto es importante aclarar que la factibilidad externa está dada por el nivel de aceptación que los legisladores le den a la presente propuesta, ya que una vez presentada la misma se debe cumplir con el procedimiento propio para la aprobación de una Ley.

Sin embargo conforme lo manifestado en el punto de la factibilidad interna, se conoce que hay gran aceptación por parte de la sociedad ecuatoriana, entonces la Asamblea al ser el órgano Legislativo encargado de dictar leyes en beneficio de los ecuatorianos, debe tener mucha prolijidad al momento de analizar la presente propuesta.

Por lo expuesto si bien se encuentra demostrada la factibilidad interna, la externa de cierta manera depende del nivel de aceptación que la Asamblea Nacional le dé a la misma.

## 5.6. Descripción de la Propuesta

Si bien es conocido que el daño moral como tal no es susceptible de compensación económica, no es menos cierto que si se puede hablar de una reparación, motivo por el cual desde 1984, con la publicación de la Ley 174, se dio luz verde para que el Juez de lo Civil tenga la facultad de fijar indemnizaciones por daño moral, quedando a “la prudencia” del mismo la determinación del valor; es aquí donde nace el problema, puesto que muchas veces “la prudencia del Juez”, es legal pero no es justa.

Así pues la sentencia que contenga la fijación del monto por indemnización de daño moral, debe basarse entre otros, en los siguientes parámetros:

- a) **Sana crítica del Juzgador (lógica y experiencia).**- *Si bien el Art. 2232 del Código Civil, manifiesta que queda a prudencia del Juez la fijación de la indemnización por daño moral, esto no quiere decir que el Juzgador a su libre albedrío determinará una cantidad, ya que es importante se tome en cuenta la sana crítica:*
  - *Lógica.- Factor que el Juez debe aplicar al momento de la valoración de las pruebas aportadas por las partes, para determinar la validez de las mismas.*
  - *Experiencia.- Importante factor al momento de dictar una sentencia, pues depende de la experiencia del Juez la determinación de la procedencia del hecho demandado, así como la aplicación de la norma pertinente y de los precedentes jurisprudenciales necesarios para motivar su fallo.*
- b) **Monto máximo:** *El monto que el Juez fije como indemnización por daño moral de efectos subjetivos no superará los 250 salarios básicos unificados.*
- c) **Personalidad de las partes.**- *De acuerdo a la Constitución de la República todas las personas somos iguales ante la Ley; pero hay que tomar en cuenta que no todos tenemos la misma imagen frente a la sociedad, es decir, el Juzgador debe tomar en cuenta el nivel de desprestigio que se ha causado al ofendido frente a los demás.*

Es importante señalar que inicialmente el Plan de Tesis, antecedente del presente trabajo investigativo contemplaba una propuesta tentativa enfocada en montos mínimos, así como el establecimiento de una tabla de valores; sin embargo una vez realizado el estudio pertinente, se llegó a establecer que es conveniente que las indemnizaciones por daño moral partan de la determinación de los efectos del mismos, es decir de tratarse de un daño moral con efectos objetivos su indemnización se basará en el daño emergente y lucro cesante causado, mientras que al tratarse de una daño moral de efectos subjetivos, la indemnización no deberá superar los 250 salarios básicos unificados, en atención a la magnitud del daño y a la personalidad de las partes.

Implementar una propuesta con la magnitud de la presente, implica un riguroso análisis del problema que la genera, de esta manera una vez que se ha explicado la forma en la cual se viola el principio de proporcionalidad al no existir parámetros objetivos para la fijación de indemnizaciones por daño moral, la implementación de los mismos dentro de la legislación civil ecuatoriana, debe darse a través de una Ley Reformatoria al Art. 2232 del Código Civil; así a continuación se presenta un borrador del Proyecto de Ley, que puede ser presentado ante la Asamblea Nacional:

## **PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL ART. 2232 DEL CÓDIGO CIVIL REFERENTE AL DAÑO MORAL**

### **CONSIDERANDOS**

**Que,** el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador determina: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.*

**Que**, el literal a, del numeral 3, del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual”.

**Que**, el numeral 18 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, determina: “El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”.

**Que**, el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

**Que**, el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República, determina como una de las atribuciones de la Asamblea Nacional, la siguiente: “6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”

**Que**, los numerales 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

**Que**, el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, determina: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

**Que**, el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, establece: “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”

**Que,** el vacío legal referente a la forma de cuantificación de las indemnizaciones por daño moral, genera la violación al principio de proporcionalidad protegido constitucionalmente.

## **RESUELVE**

Reformar el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, de la siguiente manera:

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia y sana crítica del juez la determinación del valor de la indemnización, en atención al tipo de daño moral causado.*

*1.- De tratarse de daño moral de efectos objetivos, la indemnización será fijada en virtud del daño emergente y el lucro cesante causado; y;*

*2.- En caso de daño moral de efectos subjetivos, la indemnización no podrá superar los 250 salarios básicos unificados y será fijada atendiendo los siguientes parámetros:*

- a) Las establecidas en el inciso primero de este Artículo y;*
- b) La personalidad de las partes procesales.*

*En atención a las circunstancias sociales y económicas del demandado, el Juez podrá disponer que la indemnización sea entregada al actor a través de cuotas.*

**Art. 2.-** Aumentar un artículo posterior al Art. 2232 del Código Civil, con el siguiente texto:

*Art.... El daño moral se divide en daño moral de efectos objetivos y daño moral de efectos subjetivos, el primero tiene lugar cuando producto del daño moral no solo se afecta los bienes extrapatrimoniales del ofendido sino también hay afectación directa al patrimonio del mismo; y, el segundo cuando producto del daño moral únicamente se afecta los bienes extrapatrimoniales del ofendido.*

### **5.6.1. Fases del proyecto**

El presente proyecto involucra las siguientes fases:

- a) **Presentación de la propuesta ante el Tutor.-** La primera fase del proyecto involucra la presentación de toda la propuesta al Tutor a fin de contar con las correcciones pertinentes.
- b) **Corrección de los errores de forma y de fondo de la propuesta.-** Una vez que la propuesta haya sido revisada por el Tutor, se le realizarán las correcciones pertinentes.
- c) **Socialización del Proyecto de Ley.-** Esta fase incluye la explicación de las reformas a ser incluidas en el Código Civil a la ciudadanía en general.
- d) **Presentación del proyecto de Ley ante la Asamblea Nacional.-** Esto es entregar formalmente ante la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley.
- e) **Calificación del CAL.-** Corresponde al CAL la calificación del proyecto de Ley presentado.
- f) **Primer y Segundo Debate.-** Una vez que haya sido admitido el Proyecto de Ley, debe ser discutida en primer y segundo debate por parte de los legisladores.
- g) **Aprobación del Pleno.-** Como resultado de los debates de los legisladores y una vez que se hayan tomado en cuenta las observaciones de los mismos, el proyecto será aprobado por el Pleno de la Asamblea.
- h) **Sanción del Ejecutivo.-** La misma que puede ser parcial o total.
- i) **Elaboración del Texto definitivo.-** El texto definitivo será elaborado en virtud de las observaciones enviadas por el Ejecutivo.
- j) **Publicación en el Registro Oficial.-** El texto definitivo se mandará a publicar en el Registro Oficial.

## 5.7. Cronograma de Actividades

ACTIVIDAD	CRONOGRAMA																															
	Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio				Agosto				Septiembre				Octubre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Presentación del proyecto ante el Tutor																																
Correcciones de errores de fondo y forma del Proyecto																																
Socialización del proyecto ante la ciudadanía																																
Presentación del Proyecto ante la Asamblea Nacional																																
Calificación del CAL																																
Primer y Segundo Debate																																
Aprobación del Pleno																																
Sanción del Ejecutivo																																
Elaboración del Texto definitivo																																
Publicación en el Registro Oficial																																

## 5.8. Presupuesto

La presente propuesta no implica mayor desembolso económico, únicamente los gastos que incluyen las impresiones y el papel; los mismos que ya se encontraban contemplados en el Plan de Tesis del presente trabajo.

Cabe recalcar que los procesos de aprobación de una Ley no implican erogación presupuestaria, ya que es trabajo del órgano legislativo elaborar leyes en beneficio de la sociedad ecuatoriana.

## **Impactos**

La propuesta planteada causará gran impacto por cuanto la limitación en la discrecionalidad del Juez al momento de fijar una indemnización por daño moral, implica una mayor transparencia en el sistema judicial, ya que el administrador de justicia podrá contar con elementos suficientes para no caer en actos de injusticia ni violación de los principios constitucionales.

Dentro de la reforma al sistema judicial que ha emprendido el Gobierno actual, se ha intentado mejorar la imagen de la función judicial frente a la ciudadanía, lo que implica procesos transparentes y con plena observancia de las normas constitucionales y legales; por ello establecer leyes claras es muy importante para que los administradores de Justicia, no tengan excusas al momento de fallar en algún proceso.

De esta manera se concluye que el impacto que la presente propuesta será positivo para toda la sociedad ecuatoriana, contribuyendo incluso con la labor del Gobierno de Turno en su trabajo dentro de la función judicial.

## **Evaluación**

El desarrollo del presente trabajo investigativo, trajo consigo el conocimiento de los vacíos legales que contempla la normativa civil en torno a las indemnizaciones por daño moral, por cuanto al ser esta figura de naturaleza subjetiva se torna imposible realizar una valoración económica de la misma, dando paso a algunas arbitrariedades que ciertos administradores de justicia han realizado en plena violación al principio de proporcionalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, es importante mencionar que en virtud de la referida problemática, se ha desarrollado una propuesta que implica, el establecimiento de dos parámetros que debe observar el Juez al momento de fijar una indemnización; así, en primer lugar se implementa la obligación



que tiene el Juez de actuar en virtud de las reglas de la sana crítica como complemento a la prudencia, así como la observancia de la personalidad de las partes involucradas al momento de fijar una cantidad ya que el Administrador de Justicia debe estar atento a las circunstancias que rodean tanto al actor como al demandado, puesto que el Juicio por daño moral no debe ser utilizado como un sinónimo de lucro.

## BIBLIOGRAFÍA

10. *Código Civil Ecuatoriano*. (s.f.).
11. *Código de Procedimiento Civil - Codificación No. 11*. (2005). Quito.
12. Abarca Galeas, L. H. (2013). *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
13. Barrientos Zamorano, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: La superación del Pretium Doloris. *Revista chilena de derecho*.
14. Barrientos Zamorano, M. (abril de 2008). *Revista Chilena de Derecho Versión Online ISSN 0718-3437*. Recuperado el 26 de julio de 2013, de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>
15. Cabanellas de Torres, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. Sao Paulo: Heliasta.
16. Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
17. CECA Magán, Abogados. (23 de Mayo de 2013). <http://www.cecamagan.com>. Recuperado el 8 de agosto de 2013
18. *Código Civil Libro IV- Codificación No. 10*. (2005). Quito: Editora Nacional.
19. *Código Civil, Libro II- Codificación No. 10*. (2005). Quito.
20. *Código de Ejecución de Penas*. (2011). Quito: Lexis.
21. *Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). Quito.
22. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito.
23. Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito.
24. *Definicion*. (2008).

25. *Diccionario Jurídico* . (Edición 2014). Quito: Esilec Profesional.
26. *elcomercio.com*. (6 de Febrero de 2012). Recuperado el 3 de Febrero de 2014, de [http://www.elcomercio.com.ec/politica/sentencia-Caso-Gran-Hermano\\_ECMFIL20120207\\_0015.pdf](http://www.elcomercio.com.ec/politica/sentencia-Caso-Gran-Hermano_ECMFIL20120207_0015.pdf)
27. *Esilec Profesional*. (2014). Obtenido de <http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>
28. Foucault, M. (s.f.).
29. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735., Sentencia de Recurso de Casación dentro del juicio ordinario que por daño moral, propuesto por Gerardo Antonio Ruiz Navas contra la Superintendencia de Bancos y Seguros (emitida por la Sala de).
30. García Falconí, J. ( 2010). Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su reparación. En J. García Falconí, *Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su reparación* (págs. 75-76). Quito: Ediciones RODIN.
31. García Falconí, J. (2004). *Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Heliasta.
32. García Falconí, J. (2010). *La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos*. Quito: Ediciones RODIN.
33. García Falconí, J. (2010). *La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores; Primera Edición*. Quito: Ediciones RODIN.
34. (2010). Manual Teórico Práctico en Materia Civil Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y su forma de cuantificar su reparación, Tercera Edición. En J. García Falconí. Rodin.

35. Guarderas Izquierdo, S. (2012-2013). El Gran Hermano. *Revista de Derecho Vol. 3*, 175-188.
36. Hilda. (2008). Derechos Patrimoniales. *La Guía del Derecho*.
37. <http://www.derechoecuador.com>. (2005). Recuperado el 04 de agosto de 2013, de Revista Judicial.
38. [http://www.ecured.cu/index.php/Leyes\\_de\\_Man%C3%BA](http://www.ecured.cu/index.php/Leyes_de_Man%C3%BA). (sf.). Recuperado el 27 de julio de 2013, de Leyes de Manú-Ecured.
39. <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi>. (sf.). Recuperado el 27 de julio de 2013, de Código de Hamurabi -Historia Clásica.
40. <http://www.indret.com>. (2009). Recuperado el 12 de Diciembre de 2013, de Revista para el Análisis del Derecho.
41. <http://www.rae.es/>. (2013). Recuperado el 27 de Julio de 2013, de Real Academia Española.
42. InDret, R. p. (2009). *principios, modelos y derecho español*. Obtenido de [www.indret.com](http://www.indret.com).
43. Monografías.com. (s.f.). *Transformación del sistema penitenciario tradicional*.
44. Noboa Bejarano, R. (s.f.). El Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana. *Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*.
45. Noboa Bejarano, R. (s.f.). *Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*. Recuperado el 27 de julio de 2013, de <http://www.revistajuridicaonline.com>
46. Peyrano, J. (sf). <http://elateneo.org>. Recuperado el 12 de febrero de 2014, de El Principio de Proporcionalidad y su Influencia en las Decisiones Judiciales: [http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/Principio\\_de\\_Proporcionalidad.pdf](http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/Principio_de_Proporcionalidad.pdf)
47. Real Academia, Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa.

48. Sentencia , 1351-2011 (Sala Civil Corte Nacional de Justicia 24 de Septiembre de 2013).
49. Sentencia de Daño Moral, 108-2007 (Corte Nacional de Justicia 2007).
50. Sentencia de Recurso de Casación, 114 (Tercera Sala de lo Civil y Mercantil 20 de Agosto de 2001).
51. Sentencia por daño moral. (2007). *Gaceta Judicial*, 1353.
52. Valdéz Quiñonez, A. (2008). *La Prueba del Daño Moral en el proceso civil ecuatoriano*. Editorial de la Cámara ecuatoriana del Libro-Núcleo Pichincha.
53. *Word Reference.com*. (2013).

## **ANEXO**

Juicio No. 1351-2011

### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

JUEZA PONENTE: DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA

Quito, 24 de septiembre de 2013, las 09h30

VISTOS: (1351-2011)

### **ANTECEDENTES**

En el juicio ordinario que por daño moral sigue el Arquitecto Hugo René Patricio Valencia Debenais en contra de Augusto Salame Arzubiaga, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía de Seguros “Cóndor S.A.”, el actor interpone Recurso de Casación, impugnando la sentencia dictada el 17 de Julio del 2008, las 11h30, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la ex Corte Superior de Justicia de Quito, la que confirma el fallo de primer nivel que aceptando la excepción de cosa juzgada, rechaza la demanda.

El recurrente determina como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos: 23.26.27, 24.13 y 192 de la Constitución Política del Ecuador (1998); 60 inciso primero, 61 inciso segundo, 67, 69, 273, 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil; y, 2232 último inciso del Código Civil. Fundamenta el recurso en las causales 1, 2, 4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia de inaplicación del artículo 2232 último inciso del Código Civil; indebida aplicación de precedentes jurisprudenciales; inaplicación de los artículos 23.26.27 y 192 de la Constitución Política de la República (1998), alegando que se le ha

restringido el derecho de defensa y privado a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, errores que han sido determinantes en la parte dispositiva del fallo.

Al amparo de la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia de errónea interpretación del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, e inaplicación de los artículos 60 inciso primero, 61 inciso segundo y 69 ibídem, lo cual le ha dejado en absoluta indefensión.

Imputando las causales 4 y 5 del artículo 3 de la ley de la materia, el recurrente alega que la sentencia del Tribunal ad quem omite resolver los puntos materia de la Litis; que no contiene los requisitos exigidos por la ley; y, que además existe falta de aplicación de la garantía prevista en el artículo 24.13 de la Constitución Política de la República (1998), referente a la motivación de la resoluciones de los poderes públicos.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168. 6 de la Constitución del Ecuador, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. JURISDICCION Y COMPETENCIA**

1.1 Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 30 de enero del 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de

conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

## **2. DE LA CASACION Y SUS FINES**

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de la constitucionalidad y legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las garantías básicas del debido proceso, las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, para generar nuevos precedentes.

## **3. ANALISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL**

3.1. Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, que configura los vicios de: *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de*



*mulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva mulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”, el recurrente acusa a la sentencia de desestimar la demanda al señalar que “ en la demanda, el actor no determinó la cuantía, esto es el monto de los daños y perjuicios que reclama o solicita. Las demandas de daños y perjuicios no pueden ser de cuantía indeterminada como lo ha propuesto el actor y por ello no cumplió con lo dispuesto en el Art. 67numeral 5 del Código de Procedimiento Civil y su demanda no es clara, es improcedente y no es conforme a derecho” (sic), apreciación que dice ha sido a más de desafortunada y carente de criterio jurídico, absoluta y totalmente inexacta.*

Para que opere esta causal, es necesario que se demuestre que en el desarrollo del proceso se ha omitido el cumplimiento de alguna de las solemnidades previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, siempre que tal omisión o la violación del trámite propio de la naturaleza del asunto que se ventila, haya provocado indefensión o influido en la decisión de la causa.

En la especie, el recurrente no precisa la solemnidad sustancial cuyo cumplimiento se ha omitido en la tramitación de la causa, y menos especifica cómo aquella ha provocado indefensión o ha influido en su decisión, limitándose a señalar que ha habido errónea interpretación del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, e inaplicación de los artículos 60 inciso primero y 61 inciso segundo ibídem, normas que no se refieren a una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias y no están relacionadas al derecho a la defensa. Por las razones expuestas este Tribunal no acepta el cargo.

3.2 Las imputaciones sustentadas en las causales 4 y 5 del artículo 3 de la Ley de la materia, no han sido debidamente fundamentadas, el recurrente omite señalar cuál de los puntos materia de la traba de la Litis, no ha sido resuelto por el Tribunal de instancia, y en lo que respecta a la falta de motivación alegada, se limita a citar y copiar segmentos de fallos de la ex Corte Suprema de Justicia sobre la motivación de las sentencias, sin señalar la deficiencia que con respecto a ésta se incurre en el fallo impugnado. Sin embargo de ello, al tratarse de una acusación de vulneración a una de las garantías básicas del debido proceso, este Tribunal procede a su análisis, en los siguientes términos:

La Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a la fecha en la que se dictó el fallo, 17 de julio de 2008; en su artículo 24 numeral 13 entre las garantías básicas del debido proceso, garantiza el derecho a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, dando los lineamientos básicos de lo que debe entenderse por motivación.

A juicio de este Tribunal, el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

Que la resolución ponga de manifiesto, las razones en que se funda; que permita comprobar que la decisión corresponde a una determinada interpretación y aplicación de normas de derecho, la explicación de su pertinencia a los hechos materia del litigio y que contenga además la información necesaria para recurrir.

Del análisis de la sentencia impugnada este Tribunal observa que aquella cumple de manera suficiente los parámetros fijados por la norma

constitucional y por este Tribunal para entender que la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada, pues en ella se señalan las normas de derecho que le sirven de fundamento, ligándolas con los hechos; razón por la cual, este Tribunal, no acepta el cargo.

3.3 Invocada la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, que configura los vicios de *“Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.”*, el recurrente acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 2232 último inciso del Código Civil, que prescribe *“...La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”*, alegando que en su pretensión estableció la cuantía del daño como indeterminada, hasta que el juez lo determine, sin embargo de ello manifestó, dirigiéndose al Juez, que *“A pesar que sólo a Usted le corresponde señalar el monto de la indemnización a que tengo derecho, me permito manifestarle que considero que no puede ser menor a SETECIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES”* (sic). Argumenta además, que de no haber señalado la cuantía de la demanda, ésta debió mandarse a completar oportunamente. Al respecto este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

El artículo 67 del Código de Procedimiento Civil establece que la demanda debe ser clara y contendrá entre otros requisitos la determinación de la cuantía; el inciso segundo del artículo 69 ibídem prescribe que si la demanda

no reúne los requisitos de ley, ésta deberá ser completada o aclarada en el término de tres días, término que no fue concedido por el Juez a-quo porque consideró que la demanda cumplía con los requisitos de ley. Al respecto el doctor Juan Isaac Lovato, dice: *“La ley quiere que la demanda sea clara y precisa. Así lo dispone; y para conseguirlo, fija el contenido de la demanda. Ordena, además, que el juez examine y declare que es clara y completa; y que no la dé trámite mientras no la encuentre y declare que está conforme a las exigencias legales al respecto. Más, si el actor no cumplió la ley, y presentó una demanda oscura; si el juez no la estimo así y, por lo mismo, no ordenó que el actor la aclarara y la causa ha llegado al estado de sentencia, el juez está obligado a dictarla, y, para esto, ha de interpretar la demanda tomando en cuenta otros escritos o pedimentos del actor y cómo la haya interpretado el demandado...”* (Programa Analítico del Derecho Civil Ecuatoriano, Tomo Tercero, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1962. Pág. 308). Lino Enrique Palacio, comentando los requisitos de la demanda en el derecho procesal argentino dice: *“La <cosa demandada> a que se refiere el inciso 3º del artículo 330 constituye el objeto mediato de la pretensión deducida en la demanda. El inciso examinado requiere que la designación de la <cosa demandada> sea exacta; si, por ejemplo, se reclama el pago de una indemnización, debe indicarse con precisión la suma de dinero en que se estiman los daños; si la demanda versa sobre un bien inmueble el actor debe indicar concretamente la superficie, ubicación, linderos; etcétera. La carga de precisar el monto reclamado admite excepción cuando al actor no le fuese posible determinarlo al promover la demanda, sea por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiere de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de aquélla fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción (Art. 330, ap. 2º del CPN)...”* (Manual de Derecho Procesal Civil, tomo I,

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada, 1986, pp. 414-415).

El actor en el libelo de demanda fija la cuantía como indeterminada, dejando sentado que solo al juez le corresponde señalar el monto de la indemnización pecuniaria a título de indemnización por el daño moral sufrido, permitiéndose manifestar que aquél no podrá ser menor de setecientos cincuenta mil dólares. Entonces la cuantía y la pretensión son perfectamente identificables y formulados al tenor de lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, que efectivamente en su inciso final prescribe *“La reparación por daños morales puede ser demandada, si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”* El inciso primero de la norma citada establece como parámetros que debe utilizar el juez, para la determinación del monto de la indemnización, *“la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”* de ninguna manera la cuantía fijada, ni la pretensión económica del demandante. Esta disposición legal, siendo fundamental para resolver el litigio de pago de indemnización pecuniaria por daño moral, no fue aplicada por la Sala de Apelación y su falta de aplicación resulta determinante en la parte dispositiva de la sentencia, pues que en ella el Tribunal de Conjucees concluye que *“Es, por tanto, improcedente la demanda, que no determina la cuantía de los daños y perjuicios que demanda”* (sic), confundiendo el daño moral con los daños y perjuicios y omitiendo analizar la prueba actuada y pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos de la traba de la litis, al tenor de lo dispuesto en los artículos 115, 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil. Razón por la cual, este Tribunal de Casación de la Sala

Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, acepta el cargo, con fundamentado en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 ibídem dicta sentencia de mérito, en los siguientes términos:

**PRIMERO:** El proceso se ha tramitado con sujeción a las garantías básicas del debido proceso, y en su desarrollo no se ha omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión, ni se ha violentado el procedimiento propio del juicio ordinario, por lo que se declara su validez.

**SEGUNDO:** La litis se traba con la pretensión del actor al pago de la indemnización pecuniaria por daño moral provocado por la presentación de la acusación particular, en un proceso penal instaurado en su contra por el no pago de un cheque que se determinó fue entregado en contra garantía del cumplimiento de una obligación contractual con el Estado y no como orden de pago a la vista y las excepciones de cosa juzgada; nulidad del proceso, por violaciones que no se determinan; improcedencia de la demanda en el fondo y la forma; falta de derecho del actor para demandar; falta de legítimo contradictor.

**TERCERO:** En la etapa de prueba el actor con las copias certificadas constantes a fs.129 y 130 del cuaderno de primera instancia ha justificado que el 5 de agosto de 1998, la Compañía de Seguros “Cóndor S.A.” a través de quien fungía como su representante legal, presentó acusación particular en su contra, la que aceptada a trámite por la Jueza Décimo Segundo de lo Penal de Pichincha, sindicó y decretó la prisión preventiva del recurrente, el 20 de agosto de 1998 (fs. 130 vlt.), la que lo mantuvo privado de libertad por el lapso de setenta y dos días; hasta que mediante acción de amparo de

la libertad se ordenó su excarcelación, dejándose establecido en el fallo dictado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, en fecha 26 de noviembre de 1998 que *“el cheque girado el 7 de julio de 1998, por S/. 171.000.000, ha sido uno más de los que el contratista entregó a la compañía de seguros en garantía del pago de las renovaciones o actualización de los seguros contratados...”*(sic). Que mediante providencia de fecha 15 de septiembre del 2003, las 15h45, se dicta auto de sobreseimiento definitivo del sindicado, declarando que la acusación no es maliciosa ni temeraria (fs. 74). De fs. 111 a 114, obra el informe de la auditoría especial efectuada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, a la Compañía de Seguros demandada, para verificar el proceso de emisión, ejecución y efectivización de garantías entregadas por la referida empresa al Distrito Metropolitano de Quito – Fondo de Salvamento, para afianzar los contratos suscritos con el Arquitecto Hugo René Patricio Valencia Debenais, que concluye que *“La empresa de seguros no debió exigir y peor aún ejecutar un cheque en garantía, al hacerlo, lo desnaturalizó perdiendo éste su calidad de tal,...”* (sic), acotando que su facultad sancionadora ha prescrito por el decurso del tiempo. A fs. 118 y 119 obra en copia certificada la Resolución de la Junta Bancaria, en la que se señala que el procedimiento indebido de utilizar al cheque como una obligación accesorio dependiente del cumplimiento de una obligación principal no configura violación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Que en sentencia ejecutoriada, se revocó la decisión de terminación unilateral del contrato, por cuya contra garantía de cumplimiento se giró el cheque utilizado para obtener el enjuiciamiento y privación de la libertad. De las declaraciones rendidas por Elsa Guadalupe Chamorro y Fabián Octavio Horra Alvarez, se obtiene que el demandante estuvo encarcelado por más de dos meses en el Penal García Moreno; que su situación económica cambió de solvente a

sufrir penurias, que sufrió por falta de trabajo y que la privación de su libertad afectó a más de sus intereses profesionales a su honor, y su crédito.

En consecuencia son hechos probados en el proceso, que el enjuiciamiento penal, la privación de la libertad y las consecuentes aflicciones y daño moral, sufridos por el demandante son efecto inmediato y directo de la actuación de la Compañía de Seguros Cóndor S.A.

El demandado dentro del término correspondiente, reproduce en su beneficio favorable de autos, especialmente la prueba actuada dentro del juicio No. 493-2002 tramitado en el Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha; sin que con ella haya probado las excepciones deducidas al momento de contestar la demanda, por las siguientes razones: 1.- Con respecto a la excepción de cosa juzgada, obra de las copias certificadas en referencia, el auto de nulidad dictado por el Juez Séptimo de lo Civil del Pichincha, quien sin hacer un pronunciamiento de fondo, consideró que no tenía competencia para conocer la causa y declaró la nulidad de todo lo actuado sin lugar a reposición, entonces el proceso 493-2002 no contiene una sentencia ejecutoriada que pueda producir efectos de cosa juzgada material, con respecto al daño moral y además no contiene un juzgamiento válido, en el que se pueda fundamentar la violación a la garantía básica del debido proceso, consagrada en el principio non bis in ídem, no dos veces por la misma causa. Al efecto el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, prescribe “*La **sentencia ejecutoriada** surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho fundándose en la misma causa razón o derecho. Para apreciar el alcance de la **sentencia**, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino*



*también los fundamentos objetivos de la misma.”* Sobre la validez de la causa, este Tribunal, se pronunció en el considerando primero de esta resolución, agregando que en ella, no hay violación de procedimiento, ni omisión de las solemnidades previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Sobre la excepción de falta de legítimo contradictor no se ha actuado prueba.

**CUARTO.-** La alegación de falta de derecho para demandar con fundamento en que el auto de sobreseimiento dictado en el proceso penal no declaró maliciosa o temeraria la acusación particular, no cambia la realidad procesal que demuestra que la detención del demandante se produjo por la mala práctica de la compañía de seguros demandada, que recibió como contra garantía un cheque, cuya naturaleza esencial es la de orden de pago pura y simple y sobre ello en actitud poco ética y contraria a la obligación moral y legal de buena fe procesal, lo presentó para el pago y fundamentó en su negativa una acusación particular de estafa y la consiguiente privación de la libertad del contratante utilizando además indebidamente al sistema de administración de justicia. La acción de daño moral es independiente de cualquier acción penal, y no está sujeta a prejudicialidad.

**CUARTO:** Las disposiciones de los artículos 2234, 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: **1.- Autonomía:** Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que regulan otras leyes. No hay norma que establezca al respecto prejudicialidad; más bien se ha previsto que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes entre otros casos manchen, la reputación ajena, etc. **2.- Causas:**

Están obligados a la reparación de daño moral, entre otros quienes hayan provocado un procedimiento judicial o una detención injustificados

3.- *Gravedad*: La indemnización por daño moral debe hallarse “*justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*”. Igualmente la doctrina enseña que “*desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado*”(Enrique Barros Baurie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.2006, pág. 314). 5.-*Nexo Causal*: “*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado*”, artículo 2232 inciso tercero del Código Civil. “*El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño*” (Enrique Barros Bourie, ob cit. Pág. 373).

“*El daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre*

*el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimientos que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral...”* (Alessandri Rodríguez Arturo (2005) De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 164, 165).

**QUINTO.-** Probado en el proceso, que el enjuiciamiento penal injustificado y la privación de la libertad del accionante, y la consecuente aflicción, fueron el resultado inmediato de la acción antijurídica de la compañía de seguros demandada, corresponde su resarcimiento, teniendo en cuenta “ *la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*”.

El perjuicio sufrido hace relación a la privación de uno de los derechos fundamentales del ser humano, su libertad, ligada estrechamente a su dignidad y su honra, la que deviene en particularmente grave al haber durado setenta y dos días, en las condiciones denigrantes que para la dignidad humana ofrecían los Centros de Rehabilitación Social, en nuestro país en el año 1998, y las condiciones personales del accionante, profesional de la arquitectura y docente universitario, que además se ha visto avocado a la angustia de litigar por más de una década.

La gravedad de la falta en la que incurre la compañía demandada, se configura en el hecho de haber recibido, presentado para el cobro y obtenido el protesto de un cheque que no contenía una orden de pago a la vista, y

haber utilizado a los órganos de administración de justicia contra todo fundamento ético, para incoar un proceso penal y obtener la prisión de quien aparecía como girador, con el sólo propósito económico de ejecutar de forma inmediata una contra garantía a una póliza de seguros, acción que la dedujo sin reparar en los derechos fundamentales de su cliente.

La indemnización por el daño moral irrogado resulta necesaria y justa al haberse violentado derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, y su cuantificación por disposición legal se ha confiado a la prudencia del juez, sin que en nuestra legislación y precedentes jurisprudenciales se hayan establecido montos referenciales, ni fórmulas que permitan liquidarlos, sin embargo, este Tribunal considera que para fijar el monto de la indemnización debe tener en cuenta el hecho de que el demandante arquitecto de profesión y docente universitario sufrió la privación de la libertad por el lapso de setenta y dos días, y que debe repararse aquello fijando como indemnización la suma de un mil quinientos dólares diarios por cada uno de los setenta y dos días que permaneció privado de la libertad.

### **DECISIÓN**

Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, y declara con lugar la demanda, fijando en la suma de ciento ocho mil dólares el monto de la indemnización pecuniaria, que, a título de reparación del daño moral causado, debe pagar la Compañía Aseguradora “Cóndor S.A” a favor de Hugo René Patricio Valencia

Debenais. Con costas. En base a la tabla de honorarios profesionales de la Federación de Abogados del Ecuador, en cuatro mil doscientos dólares se fijan los honorarios del defensor del actor. Notifíquese y devuélvase. F) Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Jueces Nacionales. Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora que certifica.-

RAZON: Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original.  
Quito, 24 de septiembre de 2013.- Certifico.-

Dra. Lucía Toledo Puebla  
SECRETARIA RELATORA